Ma

Manuales

Juan Luis Modolell González

Manual de Derecho Penal
Teoría del delito

Segunda edición actualizada

ediciones DER

Ma

Manuales

Juan Luis Modolell González

Manual de derecho penal

Teoría del delito

Segunda edición actualizada

ediciones DER

MANUAL DE DERECHO PENAL. TEORÍA DEL DELITO

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile
info@derediciones.com
www.derediciones.com
Registro de Propiedad Intelectual EN TRÁMITE
ISBN 978-956-405-175-8
Segunda edición actualizada, enero de 2024 DER Ediciones Limitada
Tiraje: 500 ejemplares
Impresores: ThinkPrint
Impreso en Chile / Printed in Chile

Al buen amigo Carlos [illegible], Criminólogo con opiniones penalistas. Espero que esta obra le sea de alguna utilidad.

Santiago, 8 de mayo 2024

A Lorena y Tomás,
con todo mi amor

ABREVIATURAS

AA. VV.	: autores varios
ADPCP	: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Ministerio de Interior y de Justicia, Madrid)
AP	: Actualidad Penal (La Ley, Madrid)
art. / arts.	: artículo / artículos
AT	: *Allgemeiner Teil* (parte general)
BGH	: *Bundesgerichtshof* (Tribunal supremo federal alemán)
CC	: Código Civil
CCGPJ	: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Madrid)
cit.	: citado
comp. / comps.	: compilador / compiladores
CP	: Código Penal
CPC	: Cuadernos de Política Criminal (Edersa, Madrid)
CPP	: Código Procesal Penal
CS	: Corte Suprema de Justicia
DAAD	: Servicio Alemán de Intercambio Académico
dir. / dirs.	: director / directores
DP	: Derecho Penal
ed. / eds.	: editor / editores
et al.	: y otros
FS	: *Festschrift* (homenaje)
GA	: *Goltdammers Archiv für Strafrecht* (R.v. Decker's Verlag)

In Dret	: Revista Universidad Pompeu Fabra-Generalitat de Catalunya-Ministerio de Educación y Ciencia, Barcelona
Ius et Praxis	: Revista de la Universidad de Talca, Talca
JA	: *Juristische Arbeitsblätter* (Verlag Vahlen)
Jura	: *Juristische Ausbildung* (Walter de Gruyter)
JuS	: *Juristische Schulung* (C.H. Beck)
JZ	: *Juristenzeitung* (Verlag J.C.B. Mohr –Paul Siebeck–)
La Ley	: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Edilex)
LK	: *Leipziger Kommentar* (Walter de Gruyter)
Nº / Nºs.	: número / números
NPP	: Nuevo Pensamiento Penal (Depalma, Buenos Aires)
PG	: Parte general
Polít.Crim.	: Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales (Universidad de Talca)
PPU	: Promociones y Publicaciones Universitarias
RAE	: Real Academia Española
RChD	: Revista Chilena de Derecho (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile)
RCP	: Revista de Ciencias Penales (Instituto de Ciencias Penales, Thomson Reuters, Santiago)
RD	: Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia)
RDJGT	: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (Editorial Jurídica de Chile)
RDJP	: Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal (Universidad de los Andes-Abeledo Perrot, Santiago)
RDPUCV	: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RDUAI	: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago)
RDUCN	: Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte (Antofagasta)
RDUFT	: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Santiago)

RECPC	: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Universidad de Granada)
REHJ	: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
REJ	: Revista de Estudios de la Justicia (Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile)
RFDUCM	: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
RIT	: Rol Interno de Tribunal
RJMP	: Revista Jurídica del Ministerio Público (Fiscalía. Ministerio Público de Chile)
sc	: *scilicet*
SCS	: sentencia de la Corte Suprema
s.f.	: sin fecha (de publicación/edición)
ss.	: siguientes
STC	: sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán)
STS	: sentencia del Tribunal Supremo (España)
TC	: Tribunal Constitucional
TS	: Tribunal Supremo (España)
trad.	: traducido / traducción
UAM	: Universidad Autónoma de Madrid
UBO	: Universidad Bernardo O'Higgins
UCV	: Universidad Central de Venezuela
UDP	: Universidad Diego Portales
ULA	: Universidad de Los Andes (Venezuela)
vid.	: ver / véase
v. gr.	: por ejemplo
vol.	: volumen
ZIS	: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (Nomos, Baden-Baden)
ZStW	: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Walter de Gruyter)

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN (PROF. DR. HÉCTOR HERNÁNDEZ)

Mi admirado colega y, sobre todo, muy querido amigo Juan Luis Modolell me ha honrado con su petición de un prólogo para la edición chilena de su *Derecho penal. Teoría del delito*, dedicado principalmente, aunque no solo, a los estudiantes de pregrado. Además del honor y del placer de haber podido leer este nuevo texto, cuya lectura y aprovechamiento recomiendo desde ya, la preparación de este prólogo me ha suscitado ciertas reflexiones que, unidas luego, le dieron forma y fondo al despacho del encargo.

Una primera reflexión la ofrece la circunstancia de que el volumen que el lector tiene entre sus manos sea una *segunda edición*. Esto implica, lógicamente, que este mismo libro ya tuvo una edición previa. Desde un punto de vista formal, esto es cierto, porque, en efecto, existe una primera edición de la "teoría del delito" de Juan Luis Modolell, del año 2014, publicada bajo el sello de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas, con un encomioso prólogo de su maestro, desaparecido hace casi cuatro años, Santiago Mir Puig, ni más ni menos, indudablemente uno de los penalistas más relevantes en lengua española de los últimos cincuenta años. Y desde un punto de vista material, es cierto, también, que en este texto se advierte una continuidad fundamental en lo que es la visión del autor sobre los aspectos cruciales de la teoría del delito, lo que justificaría, siquiera a primera vista, la consideración del libro como una simple segunda edición.

Pero hay circunstancias que hacen que la presentación del libro en esos términos tenga, al mismo tiempo, algo de engañoso, imputable sin duda a la modestia y al decoro del autor. Porque quien haya podido leer esa primera edición (que hasta donde alcanzo a ver, nunca tuvo distribución comercial en

Chile), aprecia de inmediato que con este se trata de un libro completamente nuevo, compuesto de la mano no solo de la ley penal chilena, sino también y especialmente de nuestra doctrina jurídico-penal (y no solo de la general), así como, en una medida no despreciable, de nuestra jurisprudencia.

De lo anterior se desprende, por una parte, que algo (o tal vez mucho) de cierto hay en la afirmación de una cierta "universalidad" de la dogmática jurídico-penal de la Parte general, cuando menos de aquella que se cultiva al modo europeo-continental de cuño germánico, al margen de que se pueda ser más o menos escéptico respecto de que esto obedezca a algo así como a la "naturaleza de las cosas" y no a simple convencimiento de las virtudes y rendimiento de una cierta aproximación a los presupuestos de la responsabilidad penal y su exclusión. Y, por la otra, se desprende también que se está frente a un académico serio y riguroso, que en vez de limitarse a exponer los problemas y sus soluciones en abstracto o invocando una suerte de derecho natural, entiende que la dogmática jurídica siempre está situada en un determinado contexto normativo y cultural, y que parte esencial de la formación de los destinatarios del libro consiste. al menos en parte, en que puedan apropiarse de discusiones o puntos de vista vernáculos, muchas veces condicionados por giros de la legislación propia, aunque no sea más que para criticarlos y superarlos.

Una segunda reflexión la ofrece el afán del autor por escribir un manual de teoría del delito para sus estudiantes y, de ahí en más, para los estudiantes en general. Porque resulta sorprendente tanto empeño puesto en la preparación de un libro con ese propósito, en un contexto en el que la producción intelectual con fines docentes no recibe ningún tipo de reconocimiento (sino, más bien, franca hostilidad) de parte de las instancias burocráticas de medición de la calidad académica universitaria. Si en el caso particular esto no sorprende o no sorprende tanto, se debe a que quienes conocen a Juan Luis Modolell saben que (al menos en su dimensión como penalista, una entre muchas dimensiones de un hombre con múltiples intereses intelectuales y de otro tipo) es, ante todo y radicalmente, un profesor de Derecho Penal. Esto, que podría parecer un pleonasmo, no lo es en los tiempos actuales, lo que tal vez merezca una explicación.

Por cierto, para nadie que esté al tanto de la literatura jurídico-penal chilena de los últimos años son desconocidas sus contribuciones en materia de Parte general, sobre todo en cuestiones de imputación, mientras que cualquier cultor del Derecho Penal internacional o de sus conexiones

con los ordenamientos nacionales sabe que Modolell es uno de los autores latinoamericanos que más ha escrito al respecto. Sin embargo, se advierte cómo, a la hora de decidir sobre el modo de dosificar tiempos y esfuerzos en aras a alcanzar metas de productividad académica, se afana en publicar un libro para que sus estudiantes aprendan Derecho Penal; es decir, sin dosificación de ningún tipo, dedica su esfuerzo a lo que considera esencial, como es, antes incluso que la formación de futuros penalistas, la formación jurídico-penal básica exigible a cualquier jurista.

Y lo hace como el profesor apasionado y experimentado que es, con el ojo puesto siempre sobre el problema y sus aspectos centrales, con claridad y precisión, que se expresa también en su estilo llano y directo, pero, a la vez, tratando a los estudiantes y lectores con el respeto básico que se merecen, que no consiste en condescendencia solícita, sino simplemente en tratarlos como adultos que tienen las condiciones intelectuales más que suficientes para aprender y hacer suyo algo que es importante. De ahí que, si bien se trata de un texto compacto, en el que se ha debido renunciar a una serie de consideraciones o reflexiones, sin duda caras a su autor, Modolell no caiga en un esquematismo degradado ni prescinda de citas y referencias bibliográficas específicas. En tiempos en que los manuales de pregrado caminan por una cornisa, con riesgo de caer en cualquier momento en el abismo del esquema superficial, este texto apuesta claramente, a pesar de sus acotadas pretensiones, por preservar la dignidad del género.

Antes de la tercera y última reflexión, unas palabras de detalle sobre el contenido del libro. La presentación de la teoría del delito sigue fundamentalmente el esquema propio de la dogmática post-finalista, abordando en sede de culpabilidad solo aquellos factores propios del sujeto en su situación concreta, sean constitucionales o situacionales, que pueden sustentar que no se le dirija reproche jurídico-penal por la conducta típica y antijurídica que ha ejecutado o en la que ha incurrido. La única variación relevante respecto de lo que es usual en los manuales nacionales previos (aunque Van Weezel acaba de hacer algo similar) es que tanto las formas imperfectas de ejecución del delito (*iter criminis*) como las formas de intervención múltiple en él (autoría y participación), tradicionalmente tratadas con posterioridad entre nosotros, como formas especiales de aparición del delito, se abordan aquí derechamente en el nivel de la tipicidad, aunque no como particularidades de la tipicidad objetiva, ya que culpa y dolo se tratan antes, a propósito de la autoría del delito activo consumado (el delito de omisión

también se trata en un momento intermedio). En todo momento se trata de un desarrollo claro y coherente, además de muy actual, como se aprecia, por ejemplo, en el tratamiento plenamente integrado en la exposición de la distinción entre estado de necesidad justificante agresivo y defensivo (no es el primer manual chileno en hacerlo, pero sí uno de los primeros). Por cierto, se puede discrepar con el autor sobre soluciones dadas a una serie de cuestiones específicas (por ejemplo, en relación con su visión sobre la preterintencionalidad en el derecho vigente, cierta consideración excesiva de la "prohibición de regreso" como límite de la responsabilidad del garante que omite o ciertas lecturas del artículo 15 del Código penal, entre otras), pero indudablemente se está frente a un texto sumamente digno e idóneo para aprender Derecho Penal hoy en Chile, con las pistas suficientes, además, para saber por dónde seguir avanzando luego en el cultivo de la disciplina.

Retomando el camino inicial, la tercera y última reflexión que motiva en el suscrito esta presentación es de índole más personal. Como la proverbial sobriedad y el decoro del autor no me perdonarían que me excediera, dejo aparte los hitos biográficos en que coinciden nuestros itinerarios académicos y vitales, que cimentan una larga amistad que agradezco y atesoro, para centrarme en la paradoja de que las aciagas circunstancias políticas en su país hicieron posible, para nuestro beneficio, que Juan Luis Modolell sea desde 2015 parte de nuestra comunidad académica, enriqueciendo desde entonces, significativamente, con sus trabajos y otras actividades universitarias, nuestra escena jurídico-penal. Este manual, con las virtudes que he tratado de destacar, es un hito muy relevante de su contribución a nuestro esfuerzo colectivo por un mejor Derecho Penal. Al margen de cuánto demoren en volver la libertad y la democracia a su patria, podemos estar agradecidos de contar con él entre los nuestros. Aprovecharlo sin mesura es la consigna, y eso vale también, especialmente, para los lectores y "usuarios" de este estupendo libro.

Hector Hernández Basualto
Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Diego Portales.
Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Legum magister y doctor en Derecho por la Universidad Albert Ludwig de Friburgo de Brisgovia (Alemania)

En Santiago, a 27 de enero de 2024.

Prologo a la segunda edicion
Pags. XI - XIV

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La aparición de un nueva "Teoría del delito" merece siempre una atención muy especial. La investigación jurídica se manifiesta generalmente en el tratamiento de temas más o menos particulares, a través de artículos en revistas especializadas o de monografías editadas como libros. Las obras de conjunto como la que el lector tiene entre sus manos son mucho menos frecuentes. La teoría del delito abarca el centro de la parte general del derecho penal y hasta de todo el derecho penal, lo que justifica que este libro reciba el título general de "Derecho penal". Para afrontar con solvencia una empresa de esta envergadura, es necesario dominar todas las claves fundamentales del derecho penal y dominarlas todas a la vez. Y, al mismo tiempo, hace falta una especial capacidad para transmitir con claridad conceptos abstractos. Se comprenderá que solo unos pocos se atrevan a abordar esta clase de obras. El profesor Juan Luis Modolell lo ha hecho y ha conseguido un resultado excelente: no solo ofrece una información muy completa sobre la evolución y el presente de la teoría jurídica del delito, recogiendo las opiniones de los penalistas más significativos, sino que aporta una visión personal y coherente que atraviesa toda la obra y confiere unidad al conjunto. Por lo demás, esta exposición de la parte general del derecho penal interesará tanto al jurista formado como a los estudiantes que se inician en el estudio de esta materia, puesto que tiene la difícil virtud de hacer fácil lo difícil –si se me permite el juego de palabras–.

Por todo ello, me siento muy honrado de poder añadir estas pocas palabras de presentación al importante libro de Juan Luis Modolell. También me alegra enormemente. Quien fue alumno mío (destacado) de doctorado en Barcelona hace casi dos décadas, culminó aquel período con una tesis excelente (sobre la imputación objetiva) y se convirtió en un profesor

prestigioso en su Caracas natal, aunando la investigación, la docencia y la dirección de su Facultad como decano de la misma. A lo largo de los años y desde la distancia, he ido siguiendo con interés su trayectoria académica, y ahora compruebo que alcanza con el presente libro un hito fundamental, que lo sitúa entre los grandes maestros del Derecho Penal. Juan Luis Modolell merece por ello mi reconocimiento, que expreso aquí públicamente. Pero también han de sentirse especialmente de enhorabuena quienes han sido alumnos del Dr. Modolell y han podido apreciar su calidad profesional y personal. No solo ellos, sino todos los penalistas de Venezuela encontrarán en este libro lo que ha de ser una de las obras básicas del derecho penal venezolano.

Prof.Dr.Dr.h.c.mult. Santiago Mir Puig
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

En Barcelona, octubre de 2014.

A MANERA DE EXPLICACIÓN (PRIMERA EDICIÓN)

El siguiente trabajo es el resultado de un largo proyecto de investigación, aunque reiteradamente interrumpido, iniciado durante el verano boreal de 2001 en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo, Alemania. Allí comencé la labor de recopilación del material básico necesario para escribir un manual sobre teoría del delito, dirigido a estudiantes de Derecho. Igualmente, desde ese año fui recabando apuntes con los cuales preparaba las clases que impartía en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, desde el año 1992. Sin embargo, el proyecto inicial de esta obra fue postergado por otros trabajos y actividades que me apartaron por períodos de esa faena, y así fui abandonándola y perdiendo el entusiasmo necesario para su desarrollo y culminación.

Durante los años 2004 y 2005 realicé una estancia de investigación, como becario Humboldt, en el *Institut für Strafrecht und Rechtstheorie* de la Universidad de Friburgo, con el Prof. Dr. Wolfgang Frisch, para trabajar sobre los delitos de mera actividad. Ello me mantuvo apartado del proyecto del libro sobre teoría del delito. Con ilusión renovada, en el año 2006 lo retomé, aunque de forma intermitente y dispersa. Volví durante un mes a Alemania, en el 2009, a fin de seguir analizando el material bibliográfico para este libro. A comienzos del año siguiente (2010), fui designado decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, lo que dificultó nuevamente la continuación de la investigación. No obstante, en los veranos de ese año y de 2011 logré recabar más información en Alemania, aprovechando, además, ese tiempo para escribir.

Fue en enero de 2012 cuando me propuse como firme objetivo la dedicación disciplinada a escribir el manual de derecho penal usando la bibliografía acumulada durante los años anteriores. Pero, inmediatamente, me enfrenté a la realidad de la complejidad de mi proyecto y acepté que revisar a fondo toda aquella literatura era algo prácticamente imposible de realizar. Tocaba, entonces, ser práctico y opté por escribir este trabajo concibiéndolo como un proyecto abierto, que sería publicado cuando hubiese cuajado la parte básica del mismo, aunque con el propósito de seguir ampliándolo, reelaborándolo y repensándolo, lo cual permitirá, ojalá así sea, seguir estudiando aquel copioso material recopilado[1].

El año 2012 y la mitad de 2013 fueron de un intenso trabajo de redacción. En agosto de ese último año me dediqué, en Alemania, a actualizar los manuales básicos utilizados para su elaboración, y durante el último trimestre me dediqué de lleno a la versión final. Todo el 2014 se tradujo en labores de corrección, desde el manuscrito original por mi esposa Lorena, hasta las revisiones de imprenta hechas por mí. Durante ese año no agregué ni actualicé el material usado, ni la jurisprudencia, lo cual queda también como asunto pendiente.

El libro desarrolla los elementos del delito, partiendo de la definición tradicional de este como conducta típica, antijurídica y culpable. Se trata de una teoría del delito enmarcada en el fin de prevención general de la pena. En efecto, hasta ahora, considero que la amenaza penal tiene como propósito intimidar jurídicamente a los destinatarios de la norma penal (prevención general negativa), así como fomentar el respeto jurídico al valor protegido por ella (prevención general positiva). Esta visión de la pena lleva, a su vez, a entender el delito mediante una teoría de la norma penal que atribuya a estas dos funciones: la función de determinación y la función de valoración. La primera de ellas se relaciona directamente con el llamado desvalor de conducta, definido mediante una visión *ex ante*, mientras que la segunda función rescata la importancia del desvalor de resultado, concebido desde un punto de vista *ex post*[2]. La sistemática para

1 Incluso, el lector notará la ausencia de algunos temas (*v. gr.*, el relativo al consentimiento como causa de justificación), que no se trataron por falta de profundidad en el estudio previo.

2 Al respecto, *vid.* mi tesis doctoral *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Liber –segunda edición– (2008), pp. 177 y ss.

desarrollar los diversos elementos del delito, y su fundamentación, la tomo de mi maestro Santiago Mir Puig.

Quisiera agradecer a la Fundación Alexander von Humboldt, al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), a la Sociedad Científica Max-Planck, así como al antiguo CONICIT, haber financiado mis estadías en el *Max-Planck-Institut* durante los veranos del 2001, 2009, 2010, 2011 y 2013. Igualmente, agradezco la acogida en ese instituto a los profesores *Dr. Dr. h.c. mult* Albin Eser y Ulrich Sieber, directores en los años de las referidas estancias de investigación, y a mis buenos amigos Kai Ambos, Jan Simon y Pablo Galain toda la ayuda prestada durante las mismas.

A Lorena agradezco, además, la motivación para culminar esta obra, así como sus agudas críticas y observaciones.

Caracas, 22 de octubre de 2014

NOTA PRELIMINAR
A LA SEGUNDA EDICIÓN

A comienzos del año 2015 arribé a Chile para unirme como profesor a la Universidad Alberto Hurtado. Tuve la fortuna de llegar a ejercer mi labor académica en uno de los países iberoamericanos con mayor desarrollo dogmático-jurídico en el área del Derecho Penal. Para entonces, concretamente finales de 2014, se había publicado la primera edición de este libro sobre teoría del delito por la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas. Así, un año después de comenzar como académico en la Universidad Alberto Hurtado, barajé la posibilidad de actualizar ese texto dirigido fundamentalmente a estudiantes de la carrera de Derecho. No obstante, la deseché por los diversos compromisos asociados a mi nueva carrera académica en Chile, especialmente por las exigencias de publicación de artículos científicos en revistas indexadas. Además, en Venezuela, algún burócrata universitario descartó la publicación de la segunda edición del libro (habiéndose agotado la primera) por ya no vivir ni dar clases en ese país.

Posteriormente, en el año 2018, resurgió en mí la idea de elaborar la segunda edición de este manual, pero con el propósito de que viera la luz en Chile. Obviamente, ello implicaría un comprometido trabajo, pues exigiría su adaptación a la legislación, doctrina y jurisprudencia chilenas. Igualmente, requeriría actualizar la propia bibliografía, especialmente alemana y española, citada en la primera edición de este libro. Consciente del reto, me puse manos a la obra y gracias (nuevamente) a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, así como a uno de los fondos concursables de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, pasé un mes del verano alemán de 2019 en el Instituto Max Planck

de Friburgo. A partir de aquel año, hasta comienzos del segundo trimestre de 2023, me dediqué a la tarea de renovar, corregir, modificar y adecuar este manual. Seguramente, el trabajo pudo haberse concretado en menos tiempo, pero las referidas labores académicas y de gestión universitaria, así como la pandemia del coronavirus, demoraron su conclusión.

La revisión del texto conllevó de algún modo la reescritura de buena parte del mismo, así como la exclusión de toda referencia a la legislación, jurisprudencia y doctrina venezolanas citadas en la edición original. Por otra parte, como antes mencioné, el impresionante desarrollo de la ciencia jurídico-penal chilena, evidenciable no solo en la sólida formación de sus penalistas sino también en la profusa y copiosa bibliografía sobre la materia, me obligó a leer una considerable cantidad de literatura sobre Derecho Penal publicada por la academia de penalistas de Chile. No obstante, fue imposible abarcar todo lo publicado. Mi manía de preferir investigar sin asistencia alguna, es decir, sin ayudantes de investigación, hace de mi método de trabajo una empresa complicada y demorada. De allí que la omisión de algunos textos o últimas ediciones de ciertos libros chilenos responda en gran medida a la estrechez del lapso previsto para ser analizados con detenimiento y rigurosidad, o a que fueron publicados con posterioridad a la fecha tope que me impuse para dar por finalizada esta sencilla obra. En ese sentido, cabe acá una aclaratoria sobre la mención a la jurisprudencia chilena: salvo alguna excepción, se citan exclusivamente sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional.

El manual se dirige principalmente a estudiantes de la carrera de Derecho. Con tal criterio, traté de manejarme mediante un lenguaje accesible y exponer las instituciones de teoría del delito según la doctrina dominante de "cuño germánico". Soy un convencido de que la formación de un estudiante de leyes debe ir de menos a más, entiéndase, de menor a mayor complejidad. Por tanto, a nivel de pregrado, el aprendiz debe conocer y entender correctamente las instituciones básicas de una materia ya de por sí compleja, y reservar la exploración de las aguas profundas para cuando haya obtenido su titulación. Es así como, probablemente, el lector formado en el área podría apreciar una cierta superficialidad en el tratamiento temático, a modo de vuelo rasante, pero, sin embargo, esencial en la formación del estudiante contemporáneo de Derecho que generalmente no suele ser un avezado lector de textos especializados, salvo que medie alguna exigencia académica.

Antes de cerrar esta nota preliminar, considero necesario reiterar mi agradecimiento a la Fundación Alexander von Humboldt y a la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado por el financiamiento de mi breve estancia de investigación en Alemania en 2019. Igualmente, al mencionado Instituto Max Planck le agradezco haberme acogido durante aquel mes. A la decana de la Facultad, Miriam Henríquez, y al profesor Mauricio Rettig por facilitarme el acercamiento a la prestigiosa editorial DER Ediciones. A sus socias editoras, Francesca De Ferrari y especialmente a Pamela Patiño, valoro su confianza, apoyo y meticuloso trabajo de edición y publicación.

Asimismo, estaré siempre en deuda con el maestro Héctor Hernández Basualto, quien generosamente se tomó la tarea de leer el manuscrito y realizar importantes observaciones sobre el tratamiento de varios aspectos vinculados a la legislación, jurisprudencia y doctrina chilenas. También le doy las gracias por el elogioso prólogo a esta nueva edición, palabras que solo se explican por una amistad de casi treinta años.

Por último, pero no menos importante, agradezco una vez más a Lorena la rigurosa lectura del borrador del libro y sus esenciales críticas tanto de forma como de fondo. Sin su ayuda, este modesto aporte sería mucho más imperfecto.

Santiago, 29 de enero de 2024.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

1. Fin de la pena y norma jurídica-penal

Si observamos alguna de las disposiciones del Código Penal que establece un delito o crimen (por ejemplo, el artículo 391), de inmediato podemos apreciar que la ley no se limita a describir la conducta constitutiva del parricidio ("El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente […]"); también expresa la sanción aplicable a esa conducta ("será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado"). Esta pena establecida en el enunciado legal como consecuencia del hecho prohibido representa un medio de influencia en la colectividad para que los individuos que la conforman se abstengan de afectar intereses sociales.

El mencionado influjo se llevará a cabo de dos maneras: a) intimidando (jurídicamente) a los habitantes del territorio de un Estado con la amenaza de una pena en caso de la comisión de delitos (prevención general negativa)[1], y b) fomentando en los destinatarios de la norma, mediante dicha

---

1 Así, Feuerbach (1989), pp. 60 y ss. Al respecto, afirma Hobbes: "Una pena es un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley. *A fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mismo mejor dispuesta a la obediencia*" (2007, p. 266 –énfasis añadido–). Y añade más adelante: "[…] cualquier mal infligido sin intención o posibilidad de disponer al delincuente o (por su ejemplo) a otros hombres en el sentido de la obediencia a las leyes no es pena, sino un acto de hostilidad, porque sin tal propósito ningún daño realizado cabe bajo ese nombre […] está en la naturaleza de la pena tener por finalidad que los hombres queden dispuestos a obedecer la ley […]" (2007, p. 268). La opinión de Hobbes pareciera referirse tanto a la descrita prevención gene-

amenaza, el respeto jurídico a los valores protegidos por la ley (*v. gr.*, la vida, salud, libertad personal, libertad sexual, etc.)[2].

Así, la disposición legal que consagra el delito de homicidio contiene el mandato de "no matar" bajo amenaza de pena y, a su vez, envía el mensaje de que la vida humana es un interés valioso, digno de protección[3]. Esta última función (¿positiva?) de la prevención general limitaría la intimidación, ya que la admisión de esta última como fin exclusivo de la pena podría conducir a su desproporción y a una posible equiparación punitiva de los distintos delitos[4]. En efecto, si lo que persigue el legislador es intimidar al colectivo mediante la sanción penal, sería entonces muy tentador para el Estado castigar por igual todos los hechos punibles sin limitación alguna[5]. Si, en cambio, para la amenaza penal se consideran igualmente los valores que se pretenden proteger a través de ella[6], la pena de cada delito debe necesariamente ser distinta, al menos cuantitativamente[7]. Dicho con un ejemplo, la vida y la propiedad privada son bienes jurídicos de distinta importancia para la sociedad, de allí que el homicidio deba ser castigado con mayor pena que el hurto[8].

Lo expresado evidencia que los fines descritos son perseguidos por el Estado a través de la norma penal[9]. Esta constituye un medio de comunicación en manos de aquel, dirigida a los habitantes de un territorio[10] con el objeto de lograr un efecto concreto: evitar la realización de determinados hechos o lograr su producción. Este mandato jurídico-penal, como es obvio, se dirige a la colectividad y no únicamente al juez que aplica la ley penal[11]. En la compleja sociedad moderna, caracterizada por relaciones anónimas y una necesidad de control social, la norma jurídico-penal debe necesariamente definirse según los fines que cumple socialmente[12].

Por lo tanto, la norma penal realiza dos funciones sociales básicas: una función de *determinación* y una función de *valoración*, las cuales, a su vez, deben ser consideradas para establecer la responsabilidad penal de su destinatario. En efecto, si esta responsabilidad se entiende según su exclusiva naturaleza jurídico-penal-social, en modo alguno de carácter moral o religioso, los mencionados fines de la norma penal serán los baremos a tener en cuenta para imputar un delito. La función de determinación se relaciona con el proceso de intimidación-motivación, y conlleva que solo pueda exigirse al destinatario de la norma aquella conducta que efectivamente podía hacer u omitir bajo la amenaza penal. Por su parte, la función de valoración[13] rescata la importancia del bien jurídico, del valor que se procura proteger jurídicamente mediante la norma penal[14]; de allí que para la responsabilidad penal igualmente deba considerarse lo relativo a su lesión o puesta en peligro.

---

ral negativa como a la llamada *prevención especial*, que persigue la resocialización del delincuente.

2 Modolell (2020), p. 307; (2016), p. 373; (2001), pp. 300 y ss.

3 Modolell (2020), p. 307; (2016), p. 373; (2001), p. 301.

4 Modolell (2020), p. 307; (2016), p. 373; (2001), pp. 301 y ss.

5 Modolell (2001), pp. 301 y ss.

6 Ya lo expresaba Feuerbach: uno de los fundamentos y razón de la amenaza de pena es "la necesidad de asegurar los derechos de todos" (1989, p. 62 –parágrafo 17–).

7 Modolell (2020), p. 307; (2016), pp. 373 y ss.

8 Modolell (2020), p. 307; (2016), p. 374. Como bien afirma Mir Puig, la "función preventiva de las normas que imponen penas ha de estar limitada por los valores a cuya protección sirven" (2015, p. 77 –41–).

9 Modolell (2016), p. 375.

10 Modolell (2020), pp. 307 y ss.; (2016), p. 375. En este sentido (siguiendo a Callies), Bustos (1994a), p. 14. Al respecto, afirma Mir Puig que el carácter comunicativo de la norma evita connotaciones autoritarias del término "imperativo", ya que destaca el papel del ciudadano-receptor (2004, p. 14, nota 23).

11 Modolell (2016), p. 371. En cambio, según Binding, el Estado es el destinatario de la ley penal, solo él sería su "posible trasgresor" (1872, p. 14). Igualmente, opina Mayer que la norma jurídica no se dirige al ciudadano sino a los órganos del Estado (2000, pp. 45 y ss., y pp. 69 y ss.): "[...] la ley instruye a los funcionarios conforme a qué principios deben administrar justicia" (2000, p. 75). Para la discusión sobre el destinatario de la norma, *vid.* Krüger (1969), pp. 19 y ss.

12 Modolell (2016), p. 371, nota 15.

13 Según Luzón Peña, aun siendo fundamental para la efectividad y carácter vinculante de la norma penal la fuerza del imperativo, como este no suele ser pura arbitrariedad, obedece a previas reflexiones y valoraciones que, por tanto, son su "prius lógico" (Mezger): prohibir una conducta presupone lógicamente desvalorarla, desaprobarla, y en los delitos omisivos, ordenar una conducta implica determinar positivamente a actuar, implica que se valore esa actuación como algo positivo (2016, p. 178 –58–; 1995, p. 4445; 1991, pp. 56 y 50).

14 En este sentido, Mir Puig (2015), p. 76 –35 y ss.–; (2004), p. 18.

2. Función determinativa (motivadora) de la norma (desvalor de conducta-perspectiva *ex ante*)

El carácter infractor de la conducta se vincula a la mencionada "función determinativa o motivadora de la norma penal"[15]. Como diría Armin Kaufmann, toda norma "desea" influir; es parte de su naturaleza ser obedecida[16]. A su vez, como ha afirmado la doctrina, esa "influencia normativa" tiene por objeto la conducta del destinatario; solo esta puede "obedecer" (o "desobedecer") el mandato jurídico. En este sentido, la amenaza penal no es solo una reacción al delito, sino un mandato que ha de poder ser captado por el destinatario de la norma al momento de actuar, si es que dicha conminación quiere incidir en su conducta[17].

La función de determinación de la norma penal, esta propiedad de actuar en el destinatario para lograr una conducta esperada, obliga al intérprete a considerarla como baremo de imputación. Podría afirmarse que es "justo" hacer responder penalmente a alguien únicamente por aquello con lo cual debía contar al momento de su actuación. Determinar el carácter desaprobado de la *conducta* implica considerarla desde un punto de vista *ex ante*, es decir, con relación al momento en el cual un *autor ideal* debía captar y obedecer el referido mandato normativo[18].

3. Función valorativa de la norma (desvalor de lesión, o peligro, del bien jurídico-perspectiva *ex post*)

Como acabo de expresar, la norma penal que emite el Estado contiene la voluntad general de la sociedad y tiene como objetivo imponerse a sus

15 Modolell (2016), p. 373.

16 Kauffmann (1977), pp. 99 y ss. Igualmente, expresa su discípulo Zielinski: "Ilícito es [...] toda acción final ejecutada en contra de una prohibición concretada en deber, o bien una acción final omitida en contra de un mandato concretado en deber" (1990, p. 159).

17 Mir Puig (1994c), p. 95.

18 Como bien afirma Mir Puig, solo una concepción preventiva de la pena puede cumplir mejor el papel de regulación y evitación de conductas; a su vez, dicho únicamente puede lograrse mediante una incidencia anterior a la conducta y que mire al futuro –perspectiva *ex ante*– (1994c, p. 96).

destinatarios[19]. Ahora bien, por ser dicha norma un hecho *comunicativo*, la misma en modo alguno debe entenderse como un "cascarón vacío"; por el contrario, debe estar llena de significado y sentido tanto para el ente que la emite como para su receptor[20]. El mandato debe "decir algo" a su destinatario que trascienda la simple amenaza[21]. En efecto, por dirigirse en general a seres idealmente libres y racionales, la norma se vincula a un valor que justifica y legitima su acatamiento[22]. Aunque claramente su validez no puede depender de su aceptación por el destinatario concreto, dicha norma supone un individuo ideal que hipotéticamente la acepta en razón del legítimo valor que protege y el fin que persigue[23].

Partiendo del significado que debe tener el mandato normativo, este no solo constituye un imperativo de conducta bajo amenaza de pena sino que cumple, a su vez, una función valorativa unida al referido interés digno de protección[24]. En efecto, el legislador penal realiza un juicio de valor previo sobre una situación que quiere mantener o evitar, y producto del mismo creará la mencionada prohibición de conductas consideradas peligrosas o lesivas de ese estado de cosas mediante la cual intentará motivar a los destinatarios en el respeto (jurídico) de esos valores[25]. La norma representa una orden con significado, ya que no solo expresa el deber de realizar una determinada conducta activa u omisiva bajo amenaza de sanción, sino también otorga un carácter valioso al interés protegido[26]. En consecuencia,

19 Modolell (2016), p. 375.

20 Modolell (2020), p. 308; (2016), p. 375.

21 Modolell (2016), p. 375.

22 Modolell (2016), pp. 375 y ss.

23 Modolell (2016), p. 376.

24 Ídem. Sobre esta doble dimensión de la norma, por todos, Jescheck (2003), p. 21 –43–. En cuanto a su origen, con preponderancia del aspecto objetivo, *vid.* Guzmán Dalbora (2013), p. 226 –nota 56–.

25 Modolell (2016), p. 376; (2001), pp. 197 y ss. –y nota 33–. En este sentido, Krümpelmann (1964), p. 95; Wolter (1981), pp. 26 y ss. En cambio, afirma Münzberg que la valoración precede al mandato pero no constituye la norma jurídica (1966, p. 61). Desde mi punto de vista, al menos en el derecho penal, un mandato normativo no puede separarse del objetivo que persigue, por ende, del valor que trata de proteger. Un mandato sin contenido se traduciría en mera violencia, incompatible con el Estado democrático de derecho.

26 Modolell (2016), p. 376; (2001), p. 209.

para la determinación de la responsabilidad, el intérprete no puede ignorar la decisión valorativa que origina la prohibición, es decir, su fundamento y legitimación[27].

En resumen, primeramente debe considerarse la aptitud de la conducta para afectar o poner en peligro el interés protegido, análisis que se hace desde una perspectiva *ex ante*. La falta de esa aptitud conlleva la ausencia de una conducta prohibida. En segundo lugar, la importancia del interés protegido para la responsabilidad penal implica tener en cuenta, en sí mismas, la lesión o el peligro del objeto del bien jurídico[28]. Esto último se concreta mediante el análisis *ex post* de su relevancia. Por lo tanto, en el ámbito del derecho penal, el carácter injusto de un hecho depende de las consecuencias de este, a diferencia de las infracciones de otros órdenes normativos como la religión o la moral. En un derecho penal vinculado a los fines sociales perseguidos por la pena la configuración del injusto implica algo más que la simple desobediencia del mandato. Ese plus necesario se materializa, desde mi punto de vista, en los *efectos* de dicha infracción en el mundo circundante, consecuencias que reflejan la importancia de la inobservancia normativa. Ello representa la *relevancia penal* del hecho[29].

4. Conclusión

Lo abordado sobre la norma penal y los fines de la pena influye transversalmente en los presupuestos necesarios para el castigo del delincuente. En efecto, la doctrina penal moderna (de "cuño germánico", aún dominan-

27 Afirma acertadamente Bustos Ramírez que el contenido de la norma no surge de ella misma "sino de valoraciones de algo en referencia", referencia cuyo eje es el bien jurídico (1994a, p. 16). Resalta la función legitimadora del bien jurídico, por todos, Piña (2010), pp. 253 y ss.

28 Incluso Zielinski, defensor de la norma penal como puro mandato imperativo, distingue entre una valoración primaria vinculada con la lesión del bien jurídico y otra secundaria referida a la determinación de la conducta, aunque deja en claro que el fin de la norma se reduce a la valoración secundaria: la norma de determinación tiene el fin exclusivo de imponer lo que él denomina "juicio de valor secundario", es decir, la prohibición (1990, pp. 133 y ss.). De cierta forma, esta opinión evidencia que la norma debe tener algún contenido "valioso" que trascienda su solo acatamiento.

29 En este sentido, afirma Mir Puig que se excluye el tipo penal cuando se trata de hechos que no implican una afectación *suficiente* del bien jurídico (2015, p. 170 –35–).

te en Iberoamérica) concibe la *conducta*, el *tipo penal*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* como condiciones para la determinación de la responsabilidad penal individual. Estos elementos del delito se encuentran ordenados sistemática y jerárquicamente, en el sentido de que cada uno (salvo la conducta) presupone la concurrencia del anterior. Sin embargo, debe resaltarse sobre cualquier otro aspecto el hecho de que los aludidos elementos se relacionan directamente con las funciones que cumple la sanción penal: *intimidación* y (para la) *protección* de valores sociales fundamentales (*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*).

CAPÍTULO II:
LA CONDUCTA HUMANA

1. Introducción

Tradicionalmente, el delito se ha definido como una *acción* típica, antijurídica y culpable. El propio artículo 1° del Código Penal en su encabezamiento se refiere a la "acción" y a la "omisión" como formas del delito. Utilizaré el término *conducta* para aludir al presupuesto necesario del análisis valorativo del delito, término gráfico para nombrar hechos de carácter *conducible*, actos que la persona pueda "guiar" o "dirigir".

El análisis de la conducta en sí mismo carece de sentido; de allí que en la práctica solo se realice una vez que dicha conducta demuestra alguna relevancia penal. En efecto, si una persona camina tranquilamente por una calle no es necesario preguntarse, desde el punto de vista jurídico-penal, si ese hecho constituye una acción o una omisión. Simplemente no existe importancia alguna del hecho[30]. La relevancia usualmente se determinará por la lesión o peligro del bien jurídico protegido[31] o por la infracción (desobediencia) de la norma[32].

2. Evolución dogmática del concepto de conducta

En el desarrollo de la moderna teoría del delito se pueden apreciar dos formas distintas de entender el concepto de conducta, bien se defina alu-

30 Mir Puig (2015), p. 187 –2–.

31 Mir Puig (2015), p. 187 –3–.

32 En este sentido, afirma Eisele que la conducta interesa como acción u omisión típicas, aunque cumple un rol de "filtro negativo" (2019b, pp. 153 y ss. –37–).

diendo a la realidad natural (o física) de los acontecimientos[33] o bien se acuda a una apreciación valorativa por parte del intérprete. De esta manera, se distingue entre un concepto "natural" de conducta y un concepto "valorativo".

2.1. Concepciones naturalistas de la conducta: conceptos causal-mecanicista de Von Liszt y finalista de Welzel[34]

A) *Von Liszt y su visión causal-mecanicista de la acción*

Según este autor, la acción se entiende como un movimiento corporal causalmente relacionado con un resultado material, abstracción hecha de su significación jurídica. El acto "es la conducta voluntaria en el mundo exterior: causa voluntaria o no impediente de un cambio en el mundo exterior"[35]. Destacan en esta definición las siguientes características: en primer lugar, el acto supone una manifestación de voluntad (voluntariedad), sinónimo de "impulso de la voluntad", físicamente entendido como "inervación"; desde un punto de vista psicológico, se traduce en el fenómeno de la conciencia mediante el cual se establecen las causas[36]. Según lo anterior, la existencia de una acción no se determina por el fin que persigue la persona (*v. gr.*, matar a la víctima, apropiarse del libro ajeno, etc.), sino por el simple "impulso de la voluntad". El contenido de la voluntad, el fin concreto perseguido por el autor, no es relevante para afirmar que concurre una acción[37].

Por otra parte, la manifestación de voluntad abarca tanto la acción (actuar positivamente, *v. gr.*, disparar, tomar la cosa ajena, forzar sexualmente

33 Para ello se atiende a la realidad natural de los fenómenos, a sus características tangibles y verificables.

34 Le atribuye caracter ontológico a los conceptos de conducta de Von Liszt y Welzel, Schünemann (1991), pp. 696 y ss. Igualmente, califica la concepción de Von Liszt como "natural", Maurach y Zipf (1992), 198 –33–; (1994), p. 199 –33–.

35 Von Liszt (s.f.), p. 297. Entiende el delito, dentro de esta clásica concepción, como una acción a la cual le siguen el resto de elementos del delito, Beling (1906), pp. 7 y ss. Sigue un concepto parecido, Cousiño (1975), pp. 325 y ss.

36 Von Liszt (s.f.), p. 297.

37 Sobre la distinción entre el impulso de la voluntad y el contenido de esta, *vid.* Rodríguez Mourullo (1978), pp. 214 y ss.

a la víctima, etc.) como la omisión de un movimiento del cuerpo[38]. Con relación a este último aspecto, nótese que Von Liszt habla de la causa que no impide "un cambio en el mundo exterior". Igualmente, el concepto de acción referido supone que la voluntad deba manifestarse externamente, es decir, no se trata de un simple pensamiento delictivo, sino de un acto externo a la psiquis del individuo. Además, se exige la aparición de un cambio aunque sea pasajero, en el mundo exterior perceptible sensorialmente, cambio denominado *resultado*[39]. De acuerdo a lo anterior, el delito se compone de un acto positivo (un hacer) y un resultado material (cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos).

El referido concepto de acción, tildado de *causal-naturalístico*, propio del positivismo de la época[40], fue objeto de fuertes críticas. Así, la afirmación según la cual el concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión resulta insostenible si el acto se define como una "acción positiva". En efecto, precisamente la omisión constituye todo lo contrario a un hacer positivo, aunque ella en modo alguno se entienda como un "no hacer nada", sino como la ausencia de una determinada conducta exigida por la norma (*v. gr.*, socorrer al necesitado). Por otra parte, no se puede afirmar que la omisión *cause*, en el sentido usado por Von Liszt, una modificación del mundo exterior. De la nada no puede "surgir" algo (*ex nihilo nihil fit*), conclusión cierta desde un punto de vista científico-natural[41].

También, con relación a los delitos de acción, se puede argumentar contra el concepto de Von Liszt que no todo cambio en el mundo exterior interesa al derecho penal. De allí que, si bien desde un punto de vista científico-natural pudiera afirmarse que la acción produce un cambio exterior, este muchas veces será irrelevante para el derecho penal. Así, el delito de

38 Von Liszt (s.f.), p. 297. Si bien el concepto de Von Liszt se refiere a la actividad corporal (concepción mecanicista del acto), incluye el "motivo" como parte esencial, el cual consiste en la representación acompañada de un sentimiento de placer, de los cambios en el mundo exterior que conlleva la manifestación de voluntad (s.f., p. 297).

39 Von Liszt (s.f.), p. 300.

40 Mir Puig (2015), p. 189 –9–. Sobre la acepción del positivismo en el derecho, entendido como influencia de las ciencias naturales en los conceptos jurídicos, *vid.* Ortiz (2007), pp. 44 y ss. En general, en cuanto al desarrollo del concepto clásico de acción, *vid.* Jescheck (1961), pp. 142 y ss.

41 Sobre las objeciones a la omisión en este concepto clásico de acción, *vid.* Agudelo (2007), pp. 35 y ss.

falso testimonio (art. 206 del CP) implica, entre otras modalidades, emitir una declaración falsa ante la autoridad judicial. Desde el punto de vista físico-natural, indudablemente habrá un cambio en el mundo exterior, ya que, parafraseando a Von Liszt con relación al delito de injurias, las ondas sonoras emitidas por el declarante producirán vibraciones de aire y procesos fisiológicos en el sistema nervioso[42]. Sin embargo, en aquel delito lo relevante no es el referido cambio natural, sino la mera conducta del autor que declara falsamente, independientemente de que produzca un "cambio físico en el mundo exterior". Incluso, atestiguar falsamente en un tribunal es punible, aunque ello no tenga incidencia alguna en el juicio[43].

B) El concepto de acción final welzeliano

La otra concepción de carácter naturalista es la doctrina de *la acción final* de Welzel, la cual representó en su momento, al menos desde un punto de vista teórico, un cambio radical de la sistemática del delito y que dio origen a la famosa lucha entre el "causalismo" y el "finalismo", discusión no obstante superada hace algún tiempo[44].

Para Welzel, la actividad final está dirigida conscientemente en función del objetivo perseguido por la persona; en cambio, el acontecer causal constituye el producto de la constelación de *causas* existentes en cada momento[45]. La vida, afirma Welzel, se estructura sobre esa actividad final del ser humano, lo cual presupone que los miembros de la sociedad puedan actuar conscientes del fin, denominándose "acción" únicamente a dicha actividad[46]. Por lo tanto, la diferencia entre la acción final y el simple suceso de la naturaleza radica en que este último no está dirigido *conscientemente* desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ciegamente o bien se adecúa al

42 Von Liszt (1884), p. 108.

43 Con relación a la importancia de la valoración en estos casos, por encima del fenómeno natural, Agudelo (2007), pp. 34 y ss.

44 Así, Roxin (2000c), p. 39; Jakobs (1997c), p. 101.

45 Welzel (1964a), p. 25. También sobre el concepto final de acción de Welzel, *vid.* su *Derecho Penal* (1993), pp. 53 y ss.; igualmente, (1939), p. 498. De cierta forma ya se vislumbra esta visión de la acción en su trabajo "Kausalität und Handlung" (1931), p. 720, aunque refiriéndose a la acción propia atribuible a un sujeto, y en este último sentido "objetivamente imputable" (*objektive zurenchenbar*).

46 Welzel (1993), p. 37.

fin, pero sin conciencia de él, de forma instintiva[47]. Según esto, continúa Welzel, la acción constituye un acontecer final según el cual el ser humano puede prever las posibles consecuencias de sus actos, proponerse fines diversos y dirigir dicha actividad a la consecución de aquellos, conforme a su plan; todo ello diferencia la acción final del simple acontecer derivado de componentes causales: la causalidad es "ciega" y la finalidad, vidente[48]. Por todo ello, sostiene Welzel, la voluntad final constituye la esencia de la acción, ya que configura (modifica) objetivamente el acontecer exterior[49]. En suma: el ser humano se caracteriza por perseguir fines. Actos propios de aquel serán los que pueda controlar o dirigir hacia un fin determinado. Un hecho que no reúna las características mencionadas solo puede ser calificado de simple suceso natural, igual que la caída de un rayo o un terremoto[50].

Pero lo fundamental de la concepción de Welzel radica en que la consideración jurídica del carácter final de la acción se deriva de la propia *naturaleza de las cosas*. Es decir, la finalidad de la acción es una realidad previa al derecho que este autor llamó *estructura lógico-objetiva del ser (sachlogischen Strukturen)*, la cual el legislador no puede desconocer[51].

47 Welzel (1993), pp. 37 y ss. Pudiera decirse que Welzel es uno de los precursores de la distinción entre el acto con relevancia jurídica (acción final) y el suceso de la naturaleza. Lo criticable pudiese ser que dicho autor, paradójicamente, recurrió a un criterio natural-psicológico (la finalidad) para determinar la aludida relevancia "jurídica".

48 Welzel (1993), pp. 39 y ss.; del mismo autor, Welzel (1964a), p. 25. Modernamente, se refiere Kindhäuser a la intencionalidad como fundamento de la acción: "El elemento esencial que debe contener la descripción de una acción es la intencionalidad. Un movimiento 'indeseado' no es una acción. La intencionalidad debe estar contenida de manera expresa o tácita en la descripción de la acción. En este contexto la intencionalidad siempre está dirigida a un objetivo que sobrepasa el mero movimiento: la descripción de una acción interpreta una conducta en la medida en que la une con un objeto que la sobrepasa y que funge como objetivo o finalidad. O, formulado de otro modo: la conducta obtiene su sentido como acción mediante la unión con un objetivo que es perseguido por el actor" (2012b, p. 15). No obstante, en modo alguno se trata de una definición "ontológica" al estilo de Welzel, ya que para Kindhäuser el hecho de que la acción sea algo intencional se desprende del uso del lenguaje (2012b, pp. 16 y ss., especialmente 19 y ss.).

49 Welzel (1993), pp. 39 y ss.

50 Se adhiere expresamente al concepto de acción final de Welzel, aunque con algunos matices, Cury (2020), pp. 338 y ss.

51 Welzel (1964b), p. 6. En este sentido, Zaffaroni afirmaba que existe una identidad total entre el concepto óntico-ontológico de conducta y el concepto jurídico-penal; para él, "no hay un concepto jurídico-penal de conducta" (1997, p. 344). En Chile, sostiene

Dicho gráficamente, la acción humana en la *realidad* constituye un acontecer *final*; por lo tanto, solo los actos *que persigan un fin* podrán ser calificados como acciones. Sin embargo, repito, para WELZEL la naturaleza de las cosas, la propia *realidad*, obligan al legislador y al intérprete a admitir el componente final en la acción[52].

En el delito doloso, el componente final aludido por WELZEL se conforma precisamente por el dolo del autor, lo cual acarreó su desplazamiento desde la culpabilidad hacia el tipo; por tanto, el dolo ya no se estudiaría como un elemento de la culpabilidad, sino del propio tipo penal. Es de resaltar este último aspecto: WELZEL no ubicó el dolo en el elemento "conducta", como parecería ser lo lógico según toda la argumentación expuesta, sino en el "tipo penal", siguiente elemento del delito[53]. Esta contradicción se tradujo en que el concepto de acción final acarreara las mismas consecuencias que el concepto causal-mecanicista de acción criticado por el finalismo, concretamente en lo concerniente a las causas que lo excluyen[54]. La modificación estructural del delito, que teóricamente sería consecuencia del concepto de acción final, ocurrió no en la "conducta", sino en los elementos "tipo penal" y "culpabilidad". Podría concluirse que la antigua lucha entre "causalistas" y "finalistas" fue realmente un debate sobre el tipo penal y la culpabilidad, en modo alguno sobre la acción. En suma, como sostiene un sector de la doctrina, se trató de una discusión sobre la ubicación sistemática del dolo.

Garrido Montt que la acción y la omisión (categorías de la conducta humana) "no son meras creaciones, sino realidades objetivas preexistentes al derecho y que éste debe respetar en su estructura fundamental" (2005, p. 47).

52 Sobre el concepto de acción final, JESCHECK (1961), pp. 146 y ss. En general, sobre esta teoría de la acción final, *vid.* CÓRDOBA RODA (1963), *passim*. También, RODRIGUEZ MUÑOZ (1977), *passim*. Contemporáneamente, comparten el concepto de acción final, entre otros, STRATENWERTH y KUHLEN (2011), p. 58 –9–; CEREZO MIR (2005), pp. 47 y ss. Con relación al balance contemporáneo de la doctrina de la acción final, *vid.* SCHMIDHÄUSER (1986), pp. 109 y ss. Para Hardwig, la doctrina de la acción final llenó de sentido el concepto de acción, el cual se encontraba "marchito hasta la desfiguración bajo el dogma causal", aunque reconoce este autor las deficiencias de aquella, especialmente en lo que se refiere al delito culposo (1957, p. 82). Sobre el análisis crítico a la doctrina final, *vid.* ROXIN (1991a), pp. 84 y ss. Igualmente, en contra de acudir al ontologismo para crear un concepto de acción (y específicamente contra la metodología welzeliana), MARINUCCI (1998), pp. 58 y ss.

53 Así, críticamente, MARINUCCI (1998), pp. 61 y ss.

54 BACIGALUPO (1978), pp. 28 y ss.

La alusión al componente ontológico (finalidad) para fundamentar la acción fue objeto de duras críticas en la doctrina penal, especialmente por quienes defendían una concepción valorada del delito[55]. En efecto, sostener que un ente natural (estructura "ontológica") se le imponga al derecho por el solo hecho de ser tal, sería negar el carácter configurador del derecho y su vinculación al mundo del "deber ser". Es objetivo del derecho dictar reglas de conducta para lograr determinados fines. Obviamente, los fines irrealizables o de imposible ejecución no pueden ser logrados mediante las normas jurídicas, pero las normas pueden dar a la realidad su propia visión o consideración (jurídica).

Por otra parte, al concepto de acción final también se le criticó su inviabilidad para explicar el delito culposo, el cual supone una conducta que precisamente no persigue un fin penalmente relevante[56]. Como explicaré en el capítulo VI, el delito culposo se caracteriza porque el autor no persigue un fin delictivo como tal (por ejemplo, conducir un auto, limpiar un arma de fuego u operar a un paciente), aunque la lesión o el peligro para el bien jurídico (la muerte de un peatón por arrollamiento, la lesión producida en una persona a causa de un disparo que se le escapa a quien limpiaba el arma, la muerte del paciente por no ligar las asas intestinales del operado, etc.) se le atribuya por no haber guardado el cuidado debido al realizar la actividad riesgosa. No obstante, el finalismo ortodoxo, concretamente el propio WELZEL, salió al paso de las críticas argumentando que en el tipo culposo lo relevante no son tanto los objetivos, sino la clase de ejecución de la acción final con relación a las consecuencias intolerables socialmente, que el actor confía en que no se producirán o ni siquiera se las plantea: serían igualmente acciones finales las que lesionan el cuidado requerido para evitar tales consecuencias dañosas; por lo tanto, en los tipos culposos se relaciona la ejecución concreta (dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo que está orientada a evitar las consecuencias de una acción indeseable socialmente[57].

De esta concepción se desprende que en el tipo culposo lo fundamental es el desvalor sobre la conducta infractora del deber de cuidado (desvalor de conducta) y no la lesión producida. Así, al referirse WELZEL en el tipo

---

55 Sobre esto, véase la citada opinión de ROXIN (1991a), pp. 84 y ss.

56 *Vid.* JESCHECK y WEIGEND (1996), pp. 221 y ss. Sobre la finalidad en los delitos culposos, *vid.* MARINUCCI (1998), pp. 78 y ss.

57 WELZEL (1993), pp. 155 y ss.

culposo a la comparación entre la "dirección concreta de la acción final" y la "conducta modelo que está orientada a evitar las consecuencias de una acción indeseables socialmente", confirma que la culpa en modo alguno tiene naturaleza ontológica sino valorativa. Es decir, la conducta culposa no constituye una realidad previa al derecho; por el contrario, representa una creación del propio derecho, ya que su determinación se vincula con una posibilidad deseable de conducta, con un modelo ideal de la misma. Por ello, esta definición de la culpa resulta contradictoria con las propias premisas del sistema finalista[58].

2.2. Conceptos normativo-valorativos de conducta

Las siguientes definiciones de la conducta como elemento del delito se caracterizan por su fundamentación no tanto en sucesos físicos o naturales (causalidad, psiquis del autor, etc.), sino en categorías jurídicas o en los propios fines que persigue el derecho penal. En tal sentido, el concepto de conducta se define mediante un juicio apreciativo, un juicio de valor. Dentro de estas concepciones se puede distinguir una variada gama, que va desde *la concepción neokantiana,* representada principalmente por Mezger, hasta el concepto de "acción negativa" de Herzberg, por mencionar solo algunas.

A) Mezger y el concepto neokantiano de conducta

Para esta corriente, el delito constituía un concepto cargado de valor según el cual la acción, término que será sustituido por el de "conducta" o "comportamiento"[59], se definía de acuerdo a su relación con la norma ju-

58 Otros partidarios del finalismo han sostenido que si bien en el delito culposo la finalidad es irrelevante, sí lo sería el contenido de la voluntad con relación al medio aplicado y a la forma de su aplicación. Así, Cerezo Mir (1982a), pp. 19 y ss. En el caso del sujeto al cual se le dispara el arma de fuego que limpia sin guardar el cuidado debido, hiriendo gravemente a una persona, aunque la finalidad del autor no abarque la muerte se refiere a la forma descuidada de manipulación del arma. En general, sobre la problemática de la acción final y el delito culposo *vid.* Cerezo Mir (2005), pp. 34 y ss.; Struensee (1987), pp. 428 y ss.

59 Así, habla de conducta humana (*menschlichen Verhaltens*), M.E. Mayer, aunque la misma, según él, se manifieste regularmente como acción (1923, p. 89). Mientras que Von Hippel incluye el delito dentro del concepto general de "conducta humana jurídicamente relevante" (1930, p. 126).

rídica. Así, Mezger, mediante el término "conducta humana", afirma que en el delito que requiere una actividad positiva –acción– (*v. gr.*, apropiarse de un bien ajeno), el autor hace algo que *no debe hacer,* infringiendo una norma *prohibitiva*; mientras, en el delito de omisión propia (*v. gr.*, el desacato a una orden judicial –art. 240 del Código de Procedimiento Civil–), el autor no ha hecho *algo que debe hacer*, infringiendo una norma *preceptiva*, y en los delitos de omisión impropia (*v. gr.*, el trillado caso de la madre que deja morir al hijo recién nacido, al no suministrarle alimentos), el autor infringe y no acata igualmente una norma preceptiva y prohibitiva[60].

No obstante, aunque admite que la conducta constituye un concepto de valor, reconoce Mezger que los intereses del derecho penal pueden exigir que no se recargue valorativamente dicho concepto, es decir, *que la acción se entienda de modo natural*[61]. Sin embargo, para Mezger no se trata de que el legislador deba entender la acción de modo natural *porque ella así se manifieste en la realidad*, como sostiene el finalismo, sino que al derecho penal "le conviene", de acuerdo a sus fines (argumento valorativo), entenderla de ese modo. Se aprecia aquí, de modo incipiente, una construcción valorativa del elemento "conducta".

Para el citado autor, la conducta representa la más alta unidad respecto a los fenómenos del derecho punitivo, excluyendo de antemano lo que no interesa al derecho penal[62], lo irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal. Asimismo, la conducta representa un sustantivo al que se añaden todas las restantes características del delito como adjetivos (atributos); de allí que la acción sea el fundamento estructural del delito[63]. Por otro lado, del concepto de conducta referido también formará parte el resultado, entendido este como la total realización típica exterior. Por lo tanto, dice Mezger, comprende tanto la propia conducta corporal del agente como el resultado externo causado[64]. Además, la causalidad se ubica en la acción entendida como "hacer activo"[65].

60 Mezger (1946), tomo I, pp. 168 y ss.

61 Mezger (1946), tomo I, pp. 188 y ss.

62 Mezger (1946), tomo I, p. 172.

63 Ídem.

64 Mezger (1946), tomo I, p. 175. Críticamente en relación a esa concepción del resultado, Rodríguez Muñoz (1946), tomo I, pp. 175 y ss.

65 Mezger (1946), tomo I, pp. 212 y ss.

Aun cuando el término "acción" se sustituyó por el de "conducta" o "comportamiento", su esencia –al igual que en la visión de VON LISZT– siguió siendo la voluntariedad; de allí que se exprese que la conducta dejó de ser "naturalística" pero siguió siendo causal[66]. No es simple coincidencia que MEZGER, como se observa en los párrafos precedentes, haya definido primeramente la conducta aludiendo a su relación con la clase de norma infringida, aunque luego la califique como "conducta corporal" e integre el resultado en ella. Es decir, se mantiene un trasfondo naturalístico en su concepto. En todo caso, el elemento "conducta" mezgeriano se diferencia del de VON LISZT, por aludir, aunque de forma tímida, a elementos valorativos; de allí que pueda ser calificado como antecedente fundamental de una concepción normativa de la acción. La siguiente afirmación de MEZGER confirmaría lo expresado: "Preciso es *conceder* que [...] el concepto de la 'acción' en un sistema del *Derecho* penal es en última instancia un concepto-*valor*"[67]. No obstante, como mencioné, dicho autor expresa a continuación que al derecho penal *le conviene* que la conducta se entienda desde un punto de vista natural[68].

B) La doctrina de la acción social

Dentro de las teorías valorativas de la conducta se puede mencionar también el concepto de "acción social". Para los partidarios de esta corriente, la acción constituye un "supraconcepto" que abarca tanto la propia acción como la omisión. Lo fundamental para esta teoría no radica en que la acción sea final o causal desde un punto de vista ontológico, sino que la misma sea *socialmente relevante*, relevancia que ocurre cuando el comportamiento afecta la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este sus consecuencias[69]. Sin embargo, el comportamiento, aparte de manifestarse externamente, debe ser final o "posiblemente final"

---

66 MIR PUIG (2015), p. 190 –14–. Para Jaén Vallejo no se aprecian diferencias entre el concepto causal-naturalísitico de Von Liszt y el concepto causal-neokantiano de Mezger, ya que en ambos la esencia de la acción "radica en la causación procedente de la voluntad, sin entrar a conocer el contenido de esta" (1994, p. 31).

67 MEZGER (1946), tomo I, p. 189.

68 MEZGER (1946), tomo I, pp. 189 y ss.

69 JESCHECK y WEIGEND (1996), p. 224. Igualmente, JESCHECK (1961), p. 151. Sostienen también un concepto de acción social, MAURACH y ZIPF (1992), pp. 210 y ss. –67–; (1994), pp. 266 y ss. –67 y ss.–; Rodríguez Mourullo, para quien la valoración propia

(posibilidad de finalidad)[70]. Por lo tanto, la relevancia del comportamiento vendrá manifestada tanto por el fin que persigue el autor (*v. gr.*, matar a una persona mediante un disparo) y el efecto que dicha conducta produzca externamente (*v. gr.*, la muerte de la víctima a consecuencia del disparo).

Dicho concepto de "acción social" fue creado por Eberhard Schmidt, para quien la acción no interesa como fenómeno psicológico bajo un punto de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en su dirección efectiva hacia una realidad social (HUSSERL)[71]. MAIHOFER, otro partidario de dicho concepto, sostiene que la acción no es una cosa real "como una mesa o un libro", sino una relación entre el sujeto que actúa y un objeto sobre el cual recae la acción[72]. Igualmente, afirma este autor, la acción es una conducta humana que ha sido dirigida a la producción de una lesión de un bien jurídico penalmente protegido[73].

A este concepto se le ha criticado que la relevancia social de la acción se deduce de la tipicidad, siguiente elemento del delito; por lo tanto, se confunde con la misma y contradice la pretensión de aquella teoría de presentarse como un concepto de acción[74].

C) Jakobs y el concepto de "acción imputable"

Para JAKOBS, la acción solo puede determinarse de acuerdo a un esquema de interpretación de la sociedad; de allí que únicamente la "acción imputable" constituya una acción, la cual manifiesta el no reconocimiento de la vigencia de la norma[75]. Se trata, de un concepto valorativo, lleno de

---

del concepto de acción no se traduce necesariamente en una valoración jurídica (1978, pp. 210 y ss.).

70 MIR PUIG (2015), pp. 182 y ss. –21–.

71 SCHMIDT (1932), p. 153. También de este mismo autor, (1969), pp. 340 y ss. En general, sobre el desarrollo de esta teoría de la acción social, *vid.* BLOY (1978), pp. 611 y ss.

72 MAIHOFER (1953), p. 6.

73 MAIHOFER (1953), p. 72. Sobre el concepto de acción social de este autor, *vid.* pp. 62 y ss. En otro trabajo, define Maihofer la acción social como toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible (1961, p. 178).

74 GÓMEZ BENITEZ (1992), pp. 90 y ss. Sobre una crítica más general a la llamada "accion social", MARINUCCI (1998), pp. 62 y ss. Para la relacion del concepto de accion social y la imputación objetiva, *vid.* MODOLELL (2001), pp. 89 y ss.

75 JAKOBS (1997c), pp. 110 y ss. (especialmente, pp. 113 y ss., y p. 118).

sentido. JAKOBS –en su *Lehrbuch*– define la acción como causación de un resultado individualmente evitable[76].

D) Roxin y la conducta como "manifestación de la personalidad"

Según ROXIN, la acción debe entenderse como una "manifestación de la personalidad"; es todo lo que pueda ser atribuido a un ser humano como centro anímico-espiritual, lo que faltaría en los efectos que provienen de la esfera somática del ser humano o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del "yo", es decir, a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano[77]. Para ROXIN, si un sujeto es empujado mediante una fuerza irresistible contra la luna de una ventana o si durante el sueño, en un delirio, por un ataque convulsivo o de modo puramente reflejo, golpea a alguien situado en torno suyo, estaríamos ante manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia, en consecuencia, no pueden calificarse como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la persona[78].

Para ROXIN es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero al permanecer "encerrados en lo interno" y al no relacionarse con los sucesos del mundo exterior, tampoco son "manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones"[79]. Sin embargo, ROXIN no explica por qué la acción solo puede ser el resultado de una manifestación de la personalidad. La respuesta a esta interrogante, de "sentido común" para algunos, ayudaría a

76 *Vid.* JAKOBS (1993), pp. 140 y ss. –27–. Comparte este concepto, BACIGALUPO (1997), p. 169. Según este último autor, la evitabilidad expresa el sentido social que le interesa al derecho penal.

77 ROXIN y GRECO (2020), p. 355 –44–; ROXIN (1997), p. 252 –42–.

78 ROXIN (1997), p. 252 –42–. Parecido concepto sostiene Gimbernat, quien define el comportamiento como "la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)" (1990d, pp. 189 y ss.). Para este autor, el comportamiento se constituye por tres elementos: la consciencia del Yo, el manejo de procesos causales y que no esté condicionado físicamente de manera necesaria (1990d, p. 201). Estas características, según Gimbernat, son comunes tanto a la acción (comportamiento humano activo) como a la omisión (comportamiento humano pasivo).

79 ROXIN y GRECO (2020), p. 355 –44–; ROXIN (1997), p. 252 –42–.

precisar los límites necesarios del concepto de acción jurídico-penalmente relevante.

Pareciera que ROXIN no descarta que la acción tenga también un contenido valorativo importante, aunque lo restringe a aquello necesario para comprobar que concurre una manifestación de la personalidad[80]. Según el autor, la determinación de circunstancias como la causalidad, la finalidad, el resultado o la relevancia social son necesarias en la acción únicamente en la medida en que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad, aunque, por regla general –agrega ROXIN–, ello no hace ninguna falta[81]. Defiende, este autor un concepto relativo de acción, flexible, que puede analizarse desde distintos puntos de vista[82].

E) La acción como suceso "interpretable"

Según SILVA SÁNCHEZ, el concepto de conducta cumple una función esencialmente negativa, concretamente la de excluir del injusto, *ab initio*, determinados procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de normación penal[83]. Para dicho autor, el concepto de conducta tiene como fin decidir qué procesos son *interpretables*, es decir, accesibles a la interpretación típica[84]. El nivel de la acción cumple la función de establecer las condiciones mínimas de los tipos de injusto, es decir, determinar qué procesos pueden prohibirse por ser posible dirigirlos en otro sentido mediante la motivación normativa; por lo tanto, existe una acción en sentido jurídico-penal desde el momento en que no se puede descartar la posibilidad de una incidencia de las directrices de las normas sobre el hecho[85]. Todo lo anterior conduce a este autor a afirmar que, si bien el concepto de acción es

80 ROXIN y GRECO (2020), p. 358 –52–; ROXIN (1997), p. 255 –48–.

81 ROXIN y GRECO (2020), p. 358 –53–; ROXIN (1997), p. 256 –49–. En relación a la omisión, sostiene este autor que no se puede prescindir de la valoración jurídica. ROXIN y GRECO (2020), p. 359 –55–; ROXIN (1997), p. 256 –51–.

82 ROXIN y GRECO (2020), p. 360 –57–; ROXIN (1997), p. 258 –53–. En suma, para Roxin el concepto de acción tiene carácter normativo (ROXIN y GRECO (2020), p. 374 –75 y 76–; ROXIN (1997), pp. 265 y ss. –67 y 68–), de tal modo que en los casos límite debe atenderse a una perspectiva valorativa para determinar si estamos o no ante una acción (ROXIN y GRECO (2020), p. 374 –75–; ROXIN (1997), p. 265 –67–).

83 SILVA (1986a), p. 127.

84 SILVA (1986a), p. 131. En igual sentido, SILVA (2000c), p. 17.

85 SILVA (2000c), p. 27.

de carácter normativo, conserva un residuo ontológico representado precisamente por la posibilidad de motivación[86].

Se relaciona esta opinión con la sostenida por MIR PUIG, para quien una estructura ontológica no se impone *per se* al derecho, sino que es la función atribuida a las normas penales en el Estado moderno la que determina la necesidad de un comportamiento humano[87]. Para MIR PUIG, la función social del Estado y el fin motivador de la norma derivado de ella implica que solo las personas humanas (seres motivables) pueden ser sujetos de acción –de una acción final–[88]:

> "Se llega por esta vía a la conclusión de que, por una parte, el comportamiento voluntario (final) constituye un concepto preexistente a la ley penal –en este sentido, 'prejurídico'– pero también a la de que, por otra parte, su necesidad para la presencia de un delito no es previa al Derecho penal, sino determinada por la función de prevención mediante la motivación propia de la norma penal"[89].

Ambos autores parten de la posibilidad de motivación como residuo natural de la conducta, pero ese dato se tiene en cuenta no por ser un elemento ontológico que se le impone al legislador, sino por el fin de la norma penal y la función de prevención de la pena.

F) *El concepto de "acción negativa" (Herzberg)*

Para HERZBERG es imposible hablar de un concepto de acción sin aludir a un juicio de valor; por lo tanto, aquel se vincula necesariamente al "examen de los elementos legales"[90]. Al afirmarse que el tronco común a todos los delitos lo constituye la omisión, se rompe, según HERZBERG, con la tradición que sostiene un concepto de acción incluso a sabiendas que en él han de ser subsumidas no solo acciones propiamente dichas sino también omisiones[91]. HERZBERG "no discute que la mayoría de los delitos se cometen por acción. Estos delitos no se *agotan* en una omisión. Pero también

86 SILVA (2000c), p. 27.

87 MIR PUIG (1994b), p. 51.

88 Idem.

89 MIR PUIG (1994b), pp. 51 y ss.

90 HERZBERG (1999), p. 29; igualmente, pp. 26 y ss. Sobre el concepto de acción negativa de Herzberg y Behrendt. *vid.* JESCHECK y WEIGEND (1996), p. 222.

91 HERZBERG (1999), p. 30.

en ellos queda la omisión como el núcleo propio porque la pérdida de la autorrepresión, la omisión del posible dominio de sí mismo *fundamenta la responsabilidad*, mientras que la circunstancia de que el autor produzca la no evitación, la expulse fuera de sí activamente, tan solo es relevante en la *medición de la pena* [...]"[92].

Y agrega este autor:

> "Liberada de prejuicios tradicionales, nada puede ser más obvio desde una consideración fenomenológica que lo común a todos los delitos radica en una omisión, una falta, dejar de hacer algo que corresponde hacer, en una presentación errónea, en un incumplimiento"[93].

No deja de llamar la atención la afirmación de que la omisión tenga una naturaleza "fenomenológica" si este término se refiere a lo que "aparece", a lo "sensible", y, a su vez, sostenga HERZBERG un concepto "jurídico-penal", por lo tanto normativo, de acción:

> "Quien busca determinar un concepto de acción *específicamente penal* tiene que darle elementos normativos y definir, consecuentemente, el concepto penal de *hecho punible* o el de *hecho antijurídico* (parágrafo 11 I N° 5 StGB)"[94].

Desde el momento en que dicho autor sostiene que en todos los delitos se deja "de hacer algo que corresponde hacer", resulta muy cuesta arriba, por no decir contradictorio, atribuirle a dicha omisión naturaleza "fenomenológica", salvo que HERZBERG considere como fenomenológico la "pérdida de la autorrepresión", es decir, entienda esto último como un hecho meramente psicológico.

3. INUTILIDAD DEL CONCEPTO DE CONDUCTA

Un sector de la doctrina sostiene la necesidad de que el análisis del delito comience por la tipicidad[95], lo cual se traduce en una posición contraria al concepto de conducta como elemento autónomo del delito[96].

92 HERZBERG (1999), p. 30.

93 HERZBERG (1999), p. 31.

94 HERZBERG (1999), p. 39, defendiendo, a su vez, el concepto normativo de accion de Jakobs (pp. 37 y ss.).

95 Así, RADBRUCH (1939), p. 162. Igualmente, Cobo-Vives se pronuncian por la necesidad de que la sistemática del delito comience por la "acción tipica", pronunciandose

4. Toma de posición: ¿Concepto de conducta ontológico o valorativo?

La determinación de lo que constituye una conducta (concepto de acción) depende de una decisión valorativa de carácter jurídico. En efecto, sostener que la conducta tiene carácter ontológico y que en virtud de esa naturaleza se le impone al legislador su reconocimiento, es algo que carece de sentido en un derecho penal vinculado a fines político-criminales concretos[97]. Solo una decisión valorativa de carácter político-criminal debe establecer qué concepto de conducta es relevante desde el punto de vista jurídico-penal[98]. Ello, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de que el concepto de conducta se desprenda de una determinada legislación positiva concreta[99].

Dicho lo anterior, habría que plantearse, a su vez, si el objetivo de la teoría del delito es sostener un concepto de conducta lo suficientemente

---

en contra de un concepto general de acción (1999, pp. 377 y ss.). En este sentido, también Gómez Benítez (1992), pp. 91 y ss. Armin Kaufmann niega a la acción el carácter de concepto fundamental de la sistemática del delito (1975, p. 160). En la doctrina chilena, niega Rettig a la conducta su carácter de elemento autónomo del delito, considerándola "un elemento más" del injusto cuya función se materializa en el tipo penal (2019, pp. 42, 84 y ss.).

96 Con relación a la necesidad de un concepto de acción, por lo tanto en contra de la tentación de erradicarlo del delito, Marinucci (1998), pp. 21 y ss.

97 Sobre la imposibilidad de un concepto prejurídico de acción, es decir, ontológicamente considerado, y su inaplicabilidad en la práctica, *vid.* nuevamente Roxin (1991a), especialmente pp. 85 y ss., 90 y ss., 92 y ss. y 113 y ss. Sostenía que la acción es una categoría del ser, Zaffaroni (1997), p. 338. No obstante, este autor opina actualmente que la acción es un concepto jurídico, ya que el derecho penal es autónomo para elaborarlo en función de sus intereses (*vid.* 2002, p. 414). Así, dice Zaffaroni, aclarando la concepción de Welzel, que no existe "un concepto óntico de acción, pero *hay límites ónticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción*" (2002, p. 415). Similar a esto último, considera Pessoa que el componente final de la acción constituye un límite al legislador (1998, p. 209); en el mismo sentido, para Garrido Montt, el carácter final de la acción representa un límite de la descripción típica (2005, p. 55). Le atribuye carácter ontológico a su concepto personal de acción, Luzón Peña (2016), pp. 134 –56–.

98 Expresa Muñoz Conde que lo importante no es averiguar si el concepto de acción es causal o final desde un punto de vista ontológico, sino determinar el concepto de acción que sirve de base a los tipos penales (1975, p. 178).

99 Como erróneamente sostiene Marinucci (1998), p. 33.

flexible para abarcar las diversas manifestaciones de entes con capacidad (jurídica) delictiva. En este caso, la conducta no se circunscribiría a la actividad de un ser humano, sino también a sujetos como las personas jurídicas a quienes, según lo requiera el legislador, se les podría imputar un hecho punible. O, por el contrario, cabría preguntarse si el derecho penal debería partir más bien de un concepto limitado de conducta que marque la frontera infranqueable del *ius puniendi* del Estado. Si el derecho penal cumple una función de control de la potestad punitiva estatal debería restringir su objeto de regulación mediante el acercamiento a la realidad previa. Ahora bien, no se trata de que una "estructura lógico-objetiva del ser" se imponga por sí misma al derecho penal, sino del reconocimiento de la naturaleza fáctica de un ente en virtud de consideraciones valorativas, como podría ser la necesidad político-criminal de limitar el ámbito de aplicación de la intervención punitiva. En consecuencia, el derecho penal solo excepcionalmente podría crear estructuras exclusivamente normativas que conlleven una extensión de su radio de acción. Desde mi punto de vista, solo la *conducta humana individual* representa el objeto de la realidad sobre el cual recaerán las valoraciones propias del resto de elementos del delito, la cual cumpliría la mencionada función límite al evitar una ampliación incontrolada de los posibles destinatarios de la pena[100].

Ahora bien, qué características deben conducirnos a concluir que una específica actividad proveniente de un ser humano puede ser catalogada como "conducta" es un aspecto que, igualmente, solo desde un punto de vista valorativo, debe establecerse. Así, además del propio hecho de que la conducta proceda de un *ser humano*, lo cual excluye los sucesos derivados de animales o de personas jurídicas (*vid. infra*), esa conducta humana debe ser *externa*: el pensamiento no puede ser castigado (*cogitationis poena nemo patitur*). Solo una conducta manifestada externamente podrá ser objeto del derecho penal. Por último, únicamente son conductas humanas las *conducibles* por la voluntad.

---

100 Con relación a las funciones de "clasificación", "definición" y "delimitación" que cumple el concepto de acción, *vid.* Jescheck (1961), pp. 140 y ss.; Jescheck y Weigend (1996), p. 219. Por su parte, sostiene Zaffaroni un concepto de acción limitante del poder punitivo de carácter pretípico que sirva como contencion del impulso selectivo personal del poder punitivo (*vid.* 2002, pp. 414 y ss.).

Los problemas relevantes en cuanto al elemento "conducta", desde un punto de vista jurídico-penal, radican especialmente en su carácter humano y en la voluntad constitutiva de la misma[101].

5. El caracter humano de la conducta: la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si bien existe una tendencia doctrinal y legislativa en aumento que sostiene la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica, considero que esta no debería responder penalmente por la imposibilidad de realizar una conducta y de ser culpable. En efecto, en la línea de lo expresado *supra*, la persona jurídica no es capaz de conducta aunque no por la sujeción a estructuras lógico-objetivas del ser (argumento ontológico), sino por una razón valorativa de carácter político-criminal: el concepto de "conducta" conveniente para restringir el derecho penal (argumento político-criminal) es el de "conducta humana" (voluntad psicológica-individual)[102]. Adicionalmente, la persona jurídica no puede ser culpable por su imposibilidad de captar el mensaje normativo concreto[103].

No obstante, la legislación chilena admite la mencionada responsabilidad penal de las personas jurídicas, concretamente en la Ley N° 20.393, para un catálogo de tipos penales (art. 1°). Según la doctrina, esa ley consagra un modelo atenuado de responsabilidad derivada que requiere la conexión entre un individuo responsable y su hecho con la persona jurídica[104]. Esta debe haber contribuido al delito por la vía de haberse organizado de un modo que favorezca o en todo caso no impida ni dificulte la realización de ese tipo de hechos (responsabilidad por "defecto de organización")[105].

101 Incluso, si bien el concepto de acción ha generado una viva discusión en el ámbito doctrinal, su concurrencia plantea pocas dificultades en la práctica. Así, Jaen Vallejo (1994), p. 61.

102 Al respecto, Modolell (2002a), pp. 45 y ss. Desde otro punto de vista, afirma Van Weezel que "en el sistema de imputación jurídico-penal no es posible dar valor comunicativo autonomo a sucesos cuyo núcleo no sea una conducta", entendida esta como una accion u omision (2010, p. 121).

103 Modolell (2002a), pp. 35 y ss.

104 Hernandez (2010), p. 217. Crítico al respecto, Van Weezel (2010), pp. 127 y ss.

105 Hernandez (2010), p. 217.

6. Carácter voluntario de la conducta

La conducta humana debe ser voluntaria en el sentido de dominable por el ser humano. Ahora bien, ¿debe entenderse esta voluntad como "voluntad de fin"? Dicho de otra forma, ¿es relevante preguntarse, en este nivel de análisis del delito, *cuál* era el objetivo perseguido por la persona en el momento de realizar la conducta?[106]. La pregunta viene al caso, porque tanto causalistas como finalistas en la práctica han prescindido de la exigencia del análisis del *contenido de la voluntad* en la acción, el cual se realiza en el tipo o en la culpabilidad[107]. El "fin" de la conducta, el objetivo concreto que persigue el autor, solo se determina en un nivel ulterior de la teoría del delito, específicamente en el tipo penal. En todo caso, pudiera afirmarse que al analizarse la conducta es necesario establecer la existencia de cualquier fin, sea relevante o no, es decir, precisar que al menos exista un fin independientemente de cuál sea el mismo[108].

La conclusión precedente ayudaría a la interpretación del inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, según el cual la acción u omisión penada por la ley "se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario"[109]. Esta norma puede entenderse en dos sentidos distintos: primero, en un sentido procesal, se presumiría la simple *voluntariedad* de todos los delitos cometidos y corresponde desvirtuar esa presunción a quien alegue una de las causas de ausencia de *voluntariedad* (fuerza física irresistible, inconsciencia, etc.). Es decir, se presumiría el llamado "impulso de la voluntad". En un segundo sentido, de derecho sustantivo, pudiera decirse que

106 Responde afirmativamente Zaffaroni, para quien una voluntad sin contenido es propia del idealismo (1997, pp. 342 y ss.).

107 Al respecto, afirma Gimbernat que la teoria final se puede interpretar de dos maneras: "[...] si se identifica finalidad con voluntariedad, entonces coincide con el concepto causal; si se identifica finalidad con dolo, entonces es una doctrina *normativa* de la acción, esto es: de la *acción típica*, con el inconveniente frente a la otra doctrina de la acción típica (la social) de que esta, por lo menos, abarca dentro de su concepto ('dominabilidad', 'evitabilidad') de acción típica tanto a las dolosas como a las imprudentes, mientras que aquélla ni siquiera es capaz de explicar la acción típica *imprudente*" (1990d, p. 208 –nota N° 93–).

108 En ello coincidieron tanto el causalismo como el finalismo. Mir Puig (2015), p. 214 –9–.

109 Sobre la historia de este artículo y las opiniones de la antigua doctrina chilena, *vid* Ossandon (2022), pp. 531 y ss.

dicha norma establece el dolo como principio general de imputación subjetiva en todos los delitos tipificados en el Código Penal; en consecuencia, para castigar una forma distinta del tipo doloso, el legislador expresamente debe hacer alusión a las modalidades culposas o preterintencionales. De seguirse esta segunda interpretación, la norma sería un complemento de lo dispuesto en el artículo 4° del Código Penal, según el cual la "división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código". Si se entiende que la voluntad aludida en el artículo 1° equivale al dolo, la culpa se castigaría solo cuando "conste lo contrario", es decir, "en los casos especiales que determina este Código".

A todo evento, se interprete esta disposición en un sentido u otro, queda excluida la posibilidad de sancionar penalmente a una persona aun cuando obre "sin voluntad", se entienda esta como dolo o como simple voluntariedad. Igualmente, queda descartada la interpretación de esta norma como una forma de presunción del dolo[110]. Personalmente, me inclino por la primera interpretación, según la cual el artículo 1° del Código Penal presume la voluntariedad de la conducta (impulso de la voluntad)[111].

La voluntad (su impulso) puede faltar a causa de una *fuerza física irresistible*, de un *acto reflejo* o de un estado de *inconsciencia*. Antes de entrar a analizar cada una de las causas de ausencia de voluntad, debe señalarse

110 Considera que se trata de una presunción de dolo, Cousiño (1975), pp. 759 y ss. Igualmente, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, de 30 de julio de 2005, causa N° 25-2005 (cit. por Cerda y Hermosilla (2011), pp. 3 y 7).

111 En igual sentido, el voto disidente de la sentencia de 3 de mayo de 2004, causa RIT N° 6-2004 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso (cit. por Cerda y Hermosilla (2011), p. 2). Al respecto, es clásica la interpretación de Bustos y Soto sobre el término "voluntarias" del citado artículo 1° del Código Penal. Así, partiendo de un método que podría calificarse de "literal-histórico-sistemático", concluyen que ese término alude a los fundamentos del reproche culpabilístico, concretamente a la imputabilidad y al conocimiento de la prohibición (1964, pp. 260 y ss.). Por lo tanto, el Código Penal presumiría la culpabilidad (1964, pp. 263 y ss.). Bustos y Caballero rectifican parcialmente el criterio anterior al afirmar: "[L]o único que la ley presume es que la actuación conforme a la norma pueda ser exigida, esto es, que el sujeto tiene conciencia de la licitud o ilicitud de sus comportamientos" (2002, p. 56); en igual sentido a esta última opinión, por todos, Vargas y Piña (2012), p. 4. Esta sorprendente interpretación ha sido adoptada incluso por la Corte Suprema, en sentencia de 10 de noviembre de 2003 (cit., Vargas y Piña (2012), p. 2; también cit. por Matus (2015), p. 12).

que la falta de un comportamiento humano en el momento concreto de realización del hecho punible no implica necesariamente la inexistencia de una conducta humana relevante. En efecto, siempre que concurra una causa de ausencia de la voluntad, el intérprete debe retrotraerse a la conducta anterior del sujeto y determinar si la persona *de forma voluntaria* dio origen al supuesto de ausencia de conducta (*actio libera in causa*)[112]. Así, el conductor del camión que se queda dormido al volante y atropella a un peatón que cruzaba correctamente una calle realiza el hecho sin voluntad; sin embargo, debe determinarse si previamente se percató de los posibles efectos de la somnolencia, es decir, si voluntariamente dio origen a la situación de inconsciencia. Por lo tanto, si el chofer se dio cuenta de su condición y no hizo nada por evitarla, debe considerarse relevante la conducta previa. Si bien la doctrina de la *actio libera in causa* se utiliza normalmente en la culpabilidad, su alcance se extiende a los supuestos de ausencia de conducta[113].

Dicho lo anterior, paso a explicar los supuestos de ausencia de voluntad:

1) Fuerza física irresistible: establecida como causa de exención de responsabilidad penal en la primera parte del artículo 10 (9°) del Código Penal[114], no existe conducta si el sujeto no tiene dominio sobre el hecho en virtud de una *coacción física externa de carácter irresistible, la cual se superpone a su voluntad*. Con ello se alude a la violencia física (*vis absoluta*)[115] y no a la coacción psicológica (*vis compulsiva*), la cual pudiera acarrear la ausencia de culpabilidad del autor[116] o de algún otro elemento del delito. La fuerza física debe

112 En este sentido, Bacigalupo, afirmando que debe verificarse si la conducta inmediatamente anterior era evitable (1997, p. 171). Igual, por todos, Zaffaroni (1997), p. 361; Mir Puig (2015), p. 213 –4 y ss.–.

113 Mir Puig (2015), p. 214 –8–; Luzón (2016), pp. 141 y ss. –29 y ss.–.

114 "El que obra violentado por una fuerza irresistible [...]" En contra de esta interpretación del artículo 10 (9°) del Código Penal, Cury, para quien este supuesto representa "una causal de inculpabilidad que abarca los casos de *fuerza moral irresistible (vis compulsiva)*" (2020, p. 353). En igual sentido, Garrido Montt (2005), p. 51; Vargas (2011), p. 28.

115 Gropp (2015), p. 74 –71–.

116 Así, Novoa (1985), tomo I, pp. 292 y ss. Algunas antiguas sentencias de la Corte Suprema se han pronunciado en este sentido (*vid.* al respecto, fallos de los años 1922 y 1935 citados por Etcheberry (1987), tomo I, pp. 115 y ss.). No obstante, el propio

imponerse al sujeto al punto de que pierda la capacidad de conducción sobre su acto.

Con relación a las características que debe reunir dicha fuerza para ser considerada como tal, no es necesario que ella provenga de un ser humano, admitiéndose que pueda proceder de un objeto, de un suceso natural o de un simple hecho físico[117]. Igualmente, se afirma que la fuerza puede ser indirecta, lo que ocurre cuando ella actúa sobre un medio que está bajo el control de una persona. MIR PUIG cita el ejemplo del sujeto que daña los frenos de un vehículo para que su conductor cause un atropellamiento[118]. Desde mi punto de vista, lo que determina la ausencia de voluntad es la capacidad de la fuerza física irresistible, que opera sobre el objeto (fuerza indirecta), de *impedir la dirección del acto*. En el caso planteado por MIR PUIG, pudiera pensarse que el daño causado a los frenos no evita dirigir el vehículo en un sentido u otro, como ocurriría si el daño es en el volante del automóvil, lo cual impide precisamente controlar su dirección (aunque siempre podría detenérsele).

Otra de las características de la fuerza es que deba ser exterior, no pudiendo nacer del ámbito interno del agente[119]. Por lo tanto, el caso de las convulsiones epilépticas no podría tratarse como un supuesto de fuerza física irresistible.

2) Movimiento reflejo: se trata del impulso externo que actúa por vía subcortical periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor sin intervención de la conciencia[120]. En este caso, el

Etcheberry expresa que la doctrina y jurisprudencia nacionales incluyen la *vis compulsiva* como causa de ausencia de acción (1987, caso "Ebrio herido", pp. 370 y ss.).

117 En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 234, nota Nº 52; LUZON (2016), p. 136 –9–.

118 MIR PUIG (2015), p. 219 –30–.

119 RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 233 –citando jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo español–.

120 SILVA SANCHEZ (1986b), p. 908; MIR PUIG (2015), pp. 220 y ss. –33–. Sobre la definición del acto reflejo, aludiendo a la jurisprudencia alemana, *vid.* GROPP (2015), p. 74 –70–. En los escritos psiquiátricos, el concepto reflejo (*Reflexbegriff*) se encuentra en la categoría de "delitos (*Straftaten*) incontrolados"; así, Burger-Prinz los iguala al acto irreflexivo, al impulso, suceso y reacción de la acción, caracterizados por un sistema reflexivo de corto circuito. SCHEWE (1972), p. 29.

sujeto no tiene dominio sobre el hecho (deslumbramiento o encandilamiento visual momentáneo), por lo cual no existe voluntad[121].

Problema relevante se presenta en relación a los llamados actos impulsivos, o mejor dicho, instintivos, como esquivar la cabeza cuando se intenta golpearla o cerrar los ojos ante un resplandor[122]. Al respecto, se ha afirmado que en modo alguno constituyen actos reflejos, por lo tanto, son voluntarios[123]. Según ROXIN, refiriéndose al ejemplo de la mujer que conduce un vehículo y un insecto "se lanza contra su ojo", si se parte de un concepto causal (movimiento muscular) o final (control planificado), no existiría en este caso acción: lo correcto, dice este autor, sería afirmar que aun cuando no exista reflexión consciente, se trata de un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, lo cual basta para considerarlo una manifestación de la personalidad[124]. Para ROXIN, existe una manifestación de la personalidad en cuanto nos encontramos con productos de la adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo exterior[125].

Si bien en su inicio el acto impulsivo pueda que no sea conducido, el sujeto es capaz de controlar las reacciones inmediatamente posteriores al impulso inicial. Así, en el caso de la mujer conductora atacada

121 Según Gimbernat, los movimientos reflejos no constituyen comportamiento alguno en razón de que la persona se encuentra *físicamente* imposibilitada de actuar de manera distinta (1990d, p. 190).

122 Al respecto, *vid.* KÖHL (2017), pp. 14 y ss. –7–.

123 Así, SILVA SÁNCHEZ (2000c), pp. 23 y ss. Para este autor, estos actos son productos de una motivación (2000c, pp. 27 y ss.) En relación a los actos de corto circuito o impulsivos, consideran que sí hay voluntad, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), *passim*; BACIGALUPO (1997), p. 171; LUZON (2016), p. 131 –46–; RIGHI y FERNÁNDEZ (1996), p. 137. Para Maurach y Zipf, si bien en este tipo de reacción hay voluntad, la intervención de la misma ocurre a tal velocidad que no deja posibilidad al sujeto de "poner en movimiento una reacción que implica incurrir en aquella acción" (1992, pp. 194 y ss. –16–; 1994, p. 247 –16–).

124 ROXIN y GRECO (2020), pp. 371 y ss. –67–; ROXIN (1997), pp. 261 y 262 –60–. Con relación a los actos impulsivos, sostiene Roxin que, por estar dirigidos a una lesión del bien jurídico, constituyen una manifestación de la personalidad (ROXIN y GRECO (2020), pp. 372 y ss. –69–; ROXIN (1997), p. 263 –62–). En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ (2000c), p. 24.

125 ROXIN y GRECO (2020), p. 373 –72–; ROXIN (1997), p. 264 –64–.

en el ojo por el insecto, en un primer momento actúa instintivamente (reacción de susto o de alarma ante el hecho), instante que, en mi opinión, es casi de imposible control[126]. No obstante, un adecuado entrenamiento o un simple autocontrol, posibilita que la persona conduzca las reacciones posteriores al acto inicial[127]. De manera que, cuando se producen reacciones equivocadas ante una situación, no debe concluirse que las mismas sean movimientos reflejos, ya que el sujeto puede ser entrenado para controlar dicha situación[128].

3) Inconsciencia: el último caso de ausencia de comportamiento se refiere a la inconsciencia, entre cuyas causas pueden mencionarse el sueño, la embriaguez letárgica y la epilepsia[129]. Se trata de supuestos de pérdida de consciencia, no su simple perturbación[130]. Sobre esto, cobra relevancia lo indicado acerca de la *actio libera in causa*, en el

---

126 Así, expresan Maurach y Zipf que no hay acción cuando se trata de un movimiento de defensa instintivo, *v. gr.*, mover bruscamente el volante por el dolor provocado por la picadura de una avispa (1992, p. 195 –18–; 1994, p. 247 –18–).

127 Afirman Eser y Burkhardt que actos semejantes "son evitables por medio de una influencia voluntaria sobre las disponibilidades de reacción [...] sobre las que se basan. Pero para ejercer tal influencia siempre es demasiado tarde (al menos no podría excluirse), cuando la disponibilidad de reacción [...] existente choca contra un 'estímulo' [...] adecuado (como sería, la producción súbita de un peligro). Por lo cual, parece poco adecuada la pregunta sobre si la voluntad dirigida puede ponerse en marcha y evitar el automatismo en la situación concreta. La única alternativa que tiene el sujeto debe verse más bien en que al automatismo se le pueden imponer restricciones *antes* de que surja un impulso desencadenante. Pero este resultado hace suponer que el *punto de conexión* decisivo en el caso de la mosca desde un principio no lo era la reacción impulsiva, sino la *conducción del automóvil como proceso global*. Entonces sería decisivo, si A al producirse el impulso desencadenante ha conducido sin una suficiente disponibilidad para evitar los automatismos peligrosos" (1995, p. 90 –87–). Pareciera que estos autores consideran involuntarios tales hechos, pero aplican una modalidad de *actio libera in causa* para su tratamiento.

128 Así, Jescheck y Weigend (1996), p. 224, nota 34; en igual sentido, Luzón Peña (1990a), p. 18.

129 Consideran la epilepsia un supuesto de inconciencia, Maurach y Zipf (1992), p. 195 –19–; (1994), p. 248 –19–; igualmente, Zaffaroni (1997), p. 363. Silva Sánchez opina que la epilepsia no necesariamente constituye una causa de inimputabilidad (*vid.* 2000c). Erróneamente, consideran la epilepsia un caso de acto reflejo, Cury (2020), tomo I, p. 355; Garrido Montt (2005), p. 52 (aunque este último autor habla de las "convulsiones de un enfermo epiléptico". Queda la duda sobre cómo se consideraría al epiléptico cuyo ataque no implique convulsiones); Medina Jara (2010), p. 200.

130 Zaffaroni (2002), p. 424.

sentido de que debe analizarse el momento previo a la situación de inconsciencia y determinar si el autor se colocó voluntariamente en esa situación.

Existen actos respecto de los cuales se discute si pueden ser considerados voluntarios, actos cuya repetición habitual conlleva una realización poco reflexiva de los mismos (manejar, caminar, etc.). Al respecto, se afirma que en ellos existe un mínimo de conciencia; de allí su voluntariedad[131]. Otra posición sostiene que los automatismos son comportamientos no condicionados físicamente, por lo cual la persona está en capacidad de concienciar en su Yo esa actividad y realizar una conducta distinta[132]. En este mismo sentido se expresa que para afirmar la existencia de un comportamiento no es preciso que la persona quiera cada uno de los movimientos, sino únicamente que se lleven a cabo mientras el Yo se encuentre consciente y que los mismos no estén condicionados físicamente de forma necesaria[133]. En mi opinión, los actos señalados son "conducibles", ya que el ser humano, aun cuando los realice sin mayor reflexión, mantiene un mínimo dominio sobre ellos, de allí que pueda dejar de hacerlos (dejar de caminar y detenerse) o dirigirlos en uno u otro sentido (cambiar el rumbo de sus pasos).

7. La omisión

Problema importante consiste en determinar cuál es la conducta requerida en los delitos de omisión. En efecto, no todos los delitos exigen una acción positiva por parte del autor (un "hacer"), existiendo a su lado los llamados tipos penales de omisión, es decir, aquellos en los cuales el autor infringe un deber que le impone la obligación de actuar de una forma de-

---

131 Según Luzón Peña, en estos casos hay consciencia al menos de la globalidad del proceso (2016, p. 140 –20–). Desde otro punto de vista, se ha sostenido que la disposición para la acción aprendida también constituye una manifestación de la personalidad; *v. gr.*, conducir, caminar, etc. (Roxin y Greco (2020), p. 372 –68–; Roxin (1997), p. 262 –61–). Por otra parte, Stratenwerth ha sostenido que los mismos no son voluntarios, aunque se trata de una "respuesta personal a la situación", tratándose de acciones dirigidas de tal forma que pueden resultar conscientes (1982, p. 53 –13–).

132 Gimbernat (1990d), pp. 188 y ss.

133 Gimbernat (1990d), p. 195.

terminada (*v. gr.*, socorrer a la persona en peligro –art. 494 Nº 14 del CP–). Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que en los delitos de omisión concurre un comportamiento, constituido precisamente por aquel que el sujeto lleva a cabo en sustitución del que debía realizar (marcharse del lugar en vez de socorrer a la persona necesitada)[134]. Esta última posición es admisible si se parte de un concepto valorativo de conducta en virtud del cual puede afirmarse que la madre que observa cómo su hijo muere de inanición, sin hacer nada al respecto, realiza un comportamiento. En tal sentido, existe una conducta de la madre solo desde un punto de vista valorativo o social[135], no así desde un punto de vista natural (ontológico)[136].

En el caso de la omisión, el análisis tiene un contenido necesariamente valorativo, ya que dicha categoría presupone que el autor no haya hecho lo que "debía hacer". Ahora bien, la ausencia de la acción debida puede obedecer a una de las causas que impiden la realización de una conducta, como sería la fuerza física irresistible, la inconsciencia, etc. De concurrir uno de estos supuestos, se puede afirmar que la omisión es "involuntaria".

134 Así, Mir Puig (2015), p. 197 –33–. Igualmente, Silva Sánchez (1986a), p. 134 –2–. Más aún, en el supuesto de que el sujeto permanezca en un estado de total pasividad, se sostiene la existencia de un comportamiento dotado de "significado social positivo" (Mir Puig (2015), p. 198 –34–). También, Luzón Peña (2016), pp. 132 y ss. –51 y ss.–. En contra del criterio de Mir Puig y Silva Sánchez, expresamente, Gimbernat (1990d), p. 200 –nota Nº 69–.

135 Igual, Mir Puig, aludiendo al ejemplo de Gimbernat del jugador de tenis que deja pasar la pelota que va a caer fuera de los límites de la cancha, caso en el cual existe un comportamiento dotado de un sentido social positivo y no solo un "no hacer" (2015, p. 198 –nota Nº 40–).

136 Niega que la omisión sea una pura creación normativa, Rodriguez Mourullo (1978), pp. 224 y ss.

CAPÍTULO III:
INTRODUCCIÓN AL TIPO PENAL

1. Tipo y tipicidad

El tipo penal alude a la imagen abstracta prevista en la ley penal. en la cual se contempla el supuesto de hecho sancionado con una pena. La figura tiene carácter abstracto en el sentido de que no se refiere hasta el último detalle posible del hecho, sino a sus elementos más generales[137].

Por su parte, el término *tipicidad* alude a una *relación de adecuación* de un hecho cometido con la referida imagen abstracta contemplada en la ley (tipo)[138], es decir, con el supuesto de hecho descrito en la ley penal.

2. Tipo y antijuridicidad

Dentro de los elementos del delito, la doctrina dominante distingue entre el tipo penal y la antijuridicidad, entendida esta como el juicio de valor por el cual se determina que un hecho típico está permitido excepcionalmente por el ordenamiento jurídico-penal. Así, según la distinción anterior, matar a alguien en legítima defensa, por ejemplo, constituye un hecho típico aunque permitido por una norma del ordenamiento jurídico. Por lo tanto. el tipo penal determina la relevancia jurídico-penal del hecho, mientras que su prohibición o permisión deriva de la totalidad del ordenamiento jurídico.

La relación del tipo penal con la antijuridicidad influye directamente en su ámbito[139], de allí la importancia de aludir a esta vinculación. Así, Be-

---

137 En este sentido, Muñoz Conde y Garcia Aran (2015), p. 252.

138 Muñoz Conde y Garcia Aran (2015), p. 252.

139 Sobre la forma de estructurar el tipo penal y dicha relación con la antijuridicidad, *vid.* Graul (1995), pp. L 41 y ss.; igualmente, Otto (1995), pp. 468 y ss.

LING entendía la tipicidad como la simple descripción del hecho contemplado en la ley ("tipo rector"); el tipo penal sería totalmente independiente de la antijuridicidad[140] y concebido desde un punto de vista exclusivamente formal: el tipo constituye un indicio de la antijuridicidad (teoría de la *ratio cognoscendi*)[141].

La llamada concepción *neokantiana* del delito concibió el tipo penal desde un punto de vista valorativo, lo cual modificó su relación con la antijuridicidad. En tal sentido, afirma MEZGER, el tipo "posee [...] la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es *fundamento real y de validez ('ratio essendi') de la antijuridicidad*, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción *no es antijurídica*, a pesar de su tipicidad"[142].

Una posible diferencia entre las teorías de la *ratio cognoscendi* y la *ratio essendi* radica en la *manera* de enfocar la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad. Así, si el vínculo se determina siguiendo el orden lógico general de los elementos del delito, "desde" la tipicidad "hacia" la antijuridicidad, el tipo sería un mero indicio de la antijuridicidad. Se trataría de pasos escalonados donde uno de los elementos presupone el anterior. En cambio, si se aprecian en conjunto ambos elementos, necesariamente debe concluirse que el tipo penal constituye el fundamento indispensable de la antijuridicidad penal: un hecho antijurídico sin un tipo previo es irrelevante penalmente, por muy contrario a derecho que sea.

Por su parte, la *doctrina finalista* distingue entre "antinormatividad" y "antijuridicidad" de la conducta. Para WELZEL, cuando se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (dar muerte a un hombre), tal conducta contradice la exigencia de la norma, cuestión que denomina dicho autor "antinormatividad"[143]. Ahora bien, agrega el autor, no toda realización del tipo de una norma prohibitiva es antijurídica en razón de que el ordenamiento jurídico no se compone solo de

140 JESCHECK y WEIGEND (1996), p. 245; JESCHECK (1978), p. 333.

141 Sostienen aún esta teoría, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), p. 253.

142 MEZGER (1946), pp. 301 y ss.; en similar sentido, SAUER (1956), pp. 111 y ss. M.E. Mayer afirmo que la tipicidad representa la más importante base de conocimiento de la antijuridicidad: "Ellos se comportan como humo y fuego" (1915, p. 10).

143 WELZEL (1993), pp. 59 y ss.

normas sino también de preceptos que permiten ("autorizaciones") en ciertos casos la conducta típica, como, por ejemplo, la realización del tipo "dar muerte a un hombre" en caso de legítima defensa[144]. Según WELZEL, una disposición semejante impide que la norma general (abstracta) se convierta en un deber jurídico concreto para el autor, caso en el cual la realización de un "tipo de prohibición" sería conforme a derecho: "*Antijuricidad es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto* (no solo con una norma aislada)"[145]. No deja de parecer incoherente sostener, como se infiere del pensamiento de este autor, que la "norma permisiva" posibilita la infracción de la norma prohibitiva, ya que en este caso el mandato jurídico emana de la unión de distintos enunciados legales; de ello se deduce la permisión del hecho.

Por último, debe hacerse referencia a la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo*, la cual conlleva la fusión del tipo y la antijuridicidad en un solo elemento[146]. De acuerdo a esta teoría, la valoración contenida en el tipo penal debe tener carácter definitivo[147], por lo tanto, contiene en sí mismo el elemento antijuridicidad. Desde este punto de vista, el tipo posee elementos que determinan su aspecto *positivo* (conducta, bien jurídico, sujetos, etc.) y elementos (*negativos*) cuya concurrencia impediría la existencia de un tipo penal (ausencia de una norma que permita realizar el aspecto objetivo del tipo –causas de justificación–)[148].

No obstante la posible coherencia lógica de la última teoría mencionada[149], seguiré la tradicional separación entre el tipo y la antijuridicidad.

144 WELZEL (1993), p. 60.

145 Ídem.

146 Precursor de esta teoría es MERKEL (1889), pp. 82 y ss.; también, como tempranos seguidores, se cita a Frank, Baumgarten y Radbruch (*vid.* ROXIN y GRECO (2020), pp. 387 y ss. –13 y ss.–; ROXIN (1997), pp. 283 y ss. –13 y ss.–). Sobre esta teoría y su crítica, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA (1999), pp. 70 y ss.; también críticamente, HIRSCH (1994), pp. 106 –8– y ss.

147 MIR PUIG (2015), p. 168 –27–.

148 Sobre la relación entre el tipo y la antijuridicidad en general, y la teoría de los elementos negativos del tipo en particular, *vid.* WILENMANN (2013), pp. 103 y ss.

149 Pudiera admitirse esta teoría, aunque con una modificación de su sistemática. Así, en el ámbito objetivo del tipo de injusto, se distinguiría el nivel relativo *a la lesión o al peligro del bien jurídico*, lo cual a su vez determina la relevancia del hecho (desvalor de resultado) y el nivel relativo *a la infracción, en abstracto, del deber impuesto por*

Esta distinción puede explicarse de la siguiente forma: a nivel del tipo penal se analiza si el hecho, incluso siendo lesivo para un bien jurídico, forma parte de las permisiones generales de la sociedad, es decir, constituye un hecho que por regla general es admitido socialmente. Por su parte, a nivel de la antijuridicidad (ausencia de causas de justificación), se analiza si el hecho típico es permitido "de manera excepcional" por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la relación entre el tipo y la antijuridicidad será un vínculo de "regla-excepción"[150].

3. Estructura del tipo penal[151]

Todo tipo penal debe contener al menos tres elementos fundamentales: la conducta, los sujetos y el objeto.

1) Conducta: constituida por la acción u omisión descrita en la ley y expresada mediante el verbo rector, núcleo del tipo penal (matar, lesionar, apropiarse, no socorrer, etc.)[152]. El *aspecto objetivo de la conducta* puede consistir en una acción (*v. gr.*, apropiación de un objeto mueble ajeno –supuestos del art. 446 del CP–) o en una omisión (*v. gr.*, no entregar a la familia, recoger o depositar en lugar seguro dando cuenta a la autoridad, al niño menor de siete años abandonado o perdido que se haya encontrado –art. 494 N° 13 del CP–). En algunos casos, por exigencias típicas, a la conducta se le añadirá para su consumación un resultado material distinto a ella (*v. gr.*, el homicidio consumado de los artículos 390 y 391 del CP, en sus diversos supuestos), mientras que en otros casos el solo comportamiento será suficiente para la realización del tipo (*v. gr.*, el tipo de allanamiento de morada –primer párrafo del art. 144 del CP–, el cual se realiza con la mera acción de entrar en la morada ajena sin consentimiento del morador).

Por su parte, el *aspecto subjetivo* de la conducta se refiere al vínculo interno entre el autor (o partícipe) y el hecho, que se manifiesta en el *dolo* (*v. gr.*, los supuestos de homicidio doloso –arts. 390 y 391 del CP–) o excepcionalmente, dejando a salvo lo que diré en su oportunidad) en la *culpa* (art. 490 del CP). Igualmente, el tipo penal puede requerir para su configuración un determinado ánimo o la persecución de un fin específico (elementos subjetivos del tipo distintos al dolo).

2) Objeto: en él se distingue, a su vez, el *bien jurídico* protegido por el tipo penal, el *objeto del bien jurídico* (*Rechtsgutobjekt*) y el *objeto de la acción* (*Handlungsobjekt*). El primero se define como el valor que protege el tipo penal, el interés digno de protección (la vida, la propiedad, la libertad sexual, etc.)[153]. El bien jurídico constituye un concepto ideal[154], por lo tanto, imposible de ser lesionado materialmente. Puede ser *individual*, en la medida en que su titular sea una persona individual, o *supraindividual* cuando la titularidad corresponde a la colectividad en general, en consecuencia, a nadie en particular. Por su parte, el *objeto del bien jurídico* sería el ente concreto en el cual se traduce el interés abstracto protegido por el tipo[155]. Es de señalar que el objeto del bien jurídico no necesariamente se concreta en un objeto material. Así, existen bienes jurídicos protegidos penalmente como el honor, sin referencia tangible alguna. Por últi-

---

la norma jurídica (desvalor de acción). En este último nivel debería analizarse toda norma que permita la realización de la conducta, aun de forma excepcional. Por lo tanto, el sujeto que mata a alguien en legítima defensa realiza un desvalor de resultado (lesión relevante del bien jurídico), pero no infringe la norma "permisiva" (no existe desvalor de acción). Sobre el tema, *vid.* Modolell (2001), pp. 189 y ss.

150 Así, Mezger (1955), pp. 378 y ss., y 409 y ss.; Garrido Montt (2005), p. 133. Baldó Lavilla pareciera sostener igualmente una relación regla-excepción entre la tipicidad y las causas de justificación al afirmar que estas últimas no presuponen una previa infracción de la norma, sino una valoración previa (¿tipicidad?) "de que existe una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –plenamente imputable a su autor– cuya valoración negativa acarreará responsabilidad penal, *salvo que exista un valor de salvaguarda que la compense*" (1994, p. 35 [énfasis añadido]). En contra de la relación regularidad-excepcionalidad, por todos, Welzel (1993), p. 97; Zaffaroni (2002), p. 590.

151 En este punto, en general, se sigue a Mir Puig (2015), pp. 227 y ss. –1 y ss.–.

152 Así, Bustos (1994b), p. 271; Muñoz Conde y García Arán (2015), p. 260.

153 Sobre el concepto de bien jurídico, *vid.* Modolell (2015), pp. 246 y ss.

154 Así, Eisele (2019), *passim*. Bienes jurídicos, dice Sax, son esos "valores abstractos" mismos, como la vida y la propiedad, es decir, son circunstancias ideales (1976, p. 432).

155 *Vid.* Schulenburg (2003), pp. 248 y ss.; Schmidhäuser (1975), p. 37. Como bien expresa Sax, el valor concreto afectado mediante un acto punible, por ejemplo, la vida de la persona atacada con intención homicida o la propiedad de esa determinada persona sobre la cosa mueble robada, no es en sí mismo el bien jurídico protegido, sino solo el "objeto" en el cual los valores abstractos "vida" y "propiedad" se realizan concretamente, por lo tanto el objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekt*), aclarando este autor en una nota al pie que ello no puede ser confundido, evidentemente, con el objeto de la acción (*Handlungsobjekt*), por ejemplo, la cosa misma quitada (1976, p. 432).

mo, el *objeto de la acción* lo constituye el sustrato material sobre el cual recae la conducta del autor[156].

3) Sujetos: la conducta típica debe ser realizada *por alguien* en contra de un interés que, a su vez, podría tener un titular. En tal sentido, se distingue entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. *Sujeto activo* es aquel que realiza la conducta descrita en el tipo de manera principal (autor) o de forma accesoria (partícipe). Por su parte, el *sujeto pasivo* es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal. El sujeto pasivo puede ser individual (*v. gr*., una persona natural, el Estado o una empresa) o supraindividual. No obstante, al hablarse de un sujeto pasivo "supraindividual", como señalé *supra*, se hace referencia a que no existe un sujeto pasivo como tal, sino que el delito afecta al colectivo social como masa de sujetos indeterminada.

4) Desde otro punto de vista, los tipos penales pueden contener elementos *descriptivos*, *normativos* y *subjetivos*. Ellos se refieren al modo como la ley utiliza el lenguaje en la formulación del tipo penal.

Así, los elementos *descriptivos* aluden a hechos que pueden determinarse por el intérprete mediante las ciencias de la naturaleza o a través de sus sentidos[157], como, por ejemplo, las expresiones "parto" (art. 394 del CP); "dedo" u "oreja" (último inciso del art. 396 del CP); "impotente" (art. 397 N° 1 del CP), etc. Mientras que los *elementos normativos* se caracterizan porque su contenido se define mediante un juicio de valor de carácter jurídico o social. Requieren una "especial *valoración* de la situación de hecho"[158]. Ejemplos serían las expresio-

156 Sobre esto, afirma correctamente Suhr: "[...] El objeto en el cual se presenta la materialización del bien jurídico en el mundo real (*Tatsachenwelt*), es denominado [...] como objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekt*) [...] El objeto en el cual se ejecuta la acción punible (y el cual no es necesariamente idéntico al objeto del bien jurídico) es conocido como objeto de la acción (*Handlungsobjekt*)" (1990, p. 308). La importancia del objeto material se evidencia en la posible necesidad de que ese objeto exista en el momento de la realización de la conducta. Al respecto, *vid.* Silva Sánchez (200b), pp. 173 y ss.

157 Mezger (1946), tomo I, p. 372; Bustos (1994b), p. 269. Resalta este último autor el hecho de la poca presencia de elementos descriptivos en el tipo (p. 269). En contra de la citada definición, Díaz y García Conlledo (1997), pp. 661 y ss.; sobre la clasificación de dichos elementos, pp. 665 y ss.

158 Mezger (1946), tomo I, p. 374. Como criterio de distinción de un elemento normativo frente a uno de carácter descriptivo, afirma Engisch que generalmente los prime-

nes "derecho" (art. 141 del CP); "título" (art. 147 del CP); "faltare a la verdad" (art. 206 del CP); "medios de prueba" (art. 207 del CP), etc. Los elementos normativos del tipo penal proliferan en los nuevos delitos (*v. gr*., delitos contra el sistema económico, la salud pública, delitos informáticos, etc.). Desde un punto de vista político-criminal, se ha criticado esta tendencia arguyéndose una afectación al principio de legalidad[159]. No obstante, resulta irreal y poco práctico imaginar tipos penales con elementos predominantemente naturales, ya que, por la complejidad creciente de las relaciones sociales en las cuales se exige la intervención del derecho penal, la alusión a los elementos normativos necesariamente irá en aumento.

Por último, los *elementos subjetivos del tipo distintos al dolo del autor* constituyen tendencias, fines, ánimos, etc., que el autor persigue al realizar la conducta típica y que caracterizarán especialmente la misma. A ellos me referiré al explicar el elemento subjetivo del tipo doloso de acción de resultado material (capítulo IV).

4. Clasificacion de los tipos penales[160]

4.1. Según las modalidades del aspecto objetivo de la conducta

A) Tipos de mera actividad y tipos de resultado material

En los *tipos de mera actividad*, la sola conducta típica basta para su perfeccionamiento o consumación (*v. gr*., en el tipo de porte de armas punzantes en expendio de bebidas alcohólicas –art. 288 bis del CP–, basta la

ros pueden ser pensados e imaginados solo bajo el presupuesto lógico de una norma (1954, p. 147). En igual sentido, Díaz y García Conlledo (1997), pp. 660 y ss. Ahora bien, considera este último que ninguna de las definiciones sobre elementos normativos del tipo convencen plenamente en razón de que no existen, o casi no existen, elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos poseen componentes de ambas clases (1997, pp. 662 y 663). Sobre los antecedentes de los elementos normativos en la doctrina general del derecho y sobre el desarrollo de dicho concepto en Mezger, M.E. Mayer y Wolf, *vid.* Engisch (1954), pp. 132 y ss.

159 Así, Bustos (1994b), p. 285.

160 En cuanto a la denominación de las distintas categorías, se sigue nuevamente a Mir Puig (2015), pp. 230 y ss. –17 y ss.–.

posesión del arma; el tipo del inciso primero del artículo 144 del Código Penal se consuma con la sola entrada a la vivienda sin consentimiento del morador). Dicho técnicamente, en estos delitos, la conducta constituye el *principio* y el *final* de la realización típica, el *punto final típico*[161]. En cambio, los *tipos de resultado material* exigen para su realización una modificación del mundo exterior espacio-temporalmente separada de la propia conducta[162] (*v. gr.*, los tipos de homicidio consumado de los artículos 390 del Código Penal y siguientes, que requieren la muerte de la víctima para su configuración; los tipos de lesiones corporales consumadas –arts. 395 del CP y ss.–, que requieren la afectación de la salud de la víctima; los tipos de daños consumados –art. 484 del CP y ss.– que precisan del daño de la cosa), resultado que puede consistir en el propio menoscabo del objeto del bien jurídico o en un peligro real (concreto) para el mismo. Uno de los aspectos que evidencia la importancia de la anterior distinción es la necesidad de que en los tipos de resultado material se requiere la presencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado material[163] como presupuesto de la imputación objetiva, requisito no necesario en los tipos de mera actividad.

B) *Tipos de acción y tipos de omisión*

Esta clasificación depende fundamentalmente de la naturaleza del precepto infringido[164]. Así, el *tipo de acción* se caracteriza porque el agente, además de realizar un hecho positivo (*v. gr.*, apropiarse de la cosa mueble ajena –art. 432 del CP–), infringe *exclusivamente* una norma que impone la obligación de abstenerse de realizar un determinado hecho ("no hurtar", "no robar" –norma de prohibición–). Por su parte, en los *tipos de omisión*, el agente infringe *necesariamente* una norma preceptiva, una norma que impone el deber de realizar una conducta determinada (*v. gr.*, socorrer o

161 Maurach y Zipf (1992), p. 286 –27–; (1994), p. 358 –27–. Graul (1991), p. 20.

162 Entiende el resultado de esta forma, por todos, Eisele (2019),–130–. De acuerdo a la definición expuesta, deben entonces ser desechadas las opiniones que consideran que todo delito tiene resultado o que entienden el mismo como "realización del tipo". Así ya, Binding (1914), p. 300, nota Nº 6. Por ello, niega también este autor, siguiendo a Kohlrausch, la existencia de delitos de mera actividad.

163 Jescheck y Weigend (1996), p. 260; Jescheck (1978), p. 355.

164 Mir Puig (2015), p. 233 –28–.

auxiliar a una persona herida, maltratada o en peligro de perecer –art. 494 Nº 14 del CP–). No obstante, existe igualmente una forma de omisión que requiere, adicionalmente a la infracción de una norma preceptiva, la infracción de una norma prohibitiva[165]. Estos son los llamados tipos *de comisión por omisión* (tipos de *omisión impropia*), infracción vinculada a la realización de un resultado material que el autor debía evitar que ocurriera.

Por lo tanto, en los *tipos de omisión* se pueden distinguir los de omisión pura (los cuales infringen exclusivamente una norma de carácter preceptivo, una norma que impone la obligación de actuar de una determinada manera), y los de omisión impropia o de comisión por omisión (que requieren para su realización la infracción tanto de una norma preceptiva como de una norma prohibitiva). Los tipos de omisión propia constituyen delitos de mera actividad, mientras que los tipos de omisión impropia comprenden la imputación de un resultado material[166]. En tal sentido, los primeros se consuman con la sola omisión del sujeto, mientras que los segundos exigen la producción de un resultado material imputable distinto de la propia omisión.

4.2. Según los sujetos

A) *Tipos comunes y tipos especiales*

Los tipos penales comunes son aquellos que no exigen una cualidad específica en el sujeto activo, por lo tanto, pueden ser cometidos por cualquier persona (*v. gr.*, el homicidio simple del Nº 2 del art. 391 del CP). En cambio, los delitos especiales requieren una cualidad específica, una característica especial, en el sujeto que realiza la conducta (*v. gr.*, ser "funcionario público", "descendiente", "juez", etc.). Estos últimos, a su vez, se dividen en *tipos especiales propios*, en los cuales la falta de cualidad del sujeto conlleva necesariamente la impunidad del hecho (*v. gr.*, inciso segundo del artículo 247 del CP), y *tipos especiales impropios*, en los cuales

165 En este sentido, Wilenmann (2016b), pp. 301 y ss. En contra de aceptar que en los tipos de omisión impropia *dolosos* se infringen dos clases de normas, Cousiño (1975), p. 551 (aunque en otra página de la misma obra pareciera admitirlo –*vid.* p. 308–).

166 Mir Puig (2015), p. 321 –13–.

la falta de cualidad específica no acarrea la impunidad del hecho sino la aplicación de un tipo penal general[167].

Todo tipo penal especial (sea propio o impropio) supone la infracción de un *deber especial*, concreto, el cual puede derivar de una función que cumple el autor o de una especial relación en la cual se encuentra[168]. Así, en el caso del delito de parricidio (inciso primero del art. 390 del CP), la persona que mata a su ascendiente no solo infringe el deber genérico de no matar a un ser humano, además incumple el deber concreto de no matar a su ascendiente, deber que deriva de la relación consanguínea existente.

B) Delitos de propia mano

En la clasificación relativa a los sujetos se incluyen los llamados *delitos de propia mano*[169], en los cuales se exige un contacto personal entre el sujeto y la víctima, lo que a su vez supone que la ejecución material del hecho solo pueda ser realizada por el propio sujeto activo del delito (*v. gr.*, el delito de incesto –art. 375 del CP–)[170]. Dentro de los delitos de propia mano se distinguen aquellos que requieren una intervención corporal del autor en el hecho (*v. gr.*, la violación –art. 361 del CP–), y los que no exigen un comportamiento corporal pero sí personal del sujeto activo (*v. gr.*, la bigamia –art. 382 del CP–)[171]. La relevancia principal de los delitos de propia mano, según la doctrina dominante, estriba en que no pueden ser realizados en autoría mediata, es decir, a través de otra persona que actúe como un instrumento, como sería el caso del sujeto que habiendo secuestrado a dos personas amenaza a una de ellas apuntándola con una pistola a la cabeza para que agreda sexualmente a la otra víctima que tiene amarrada a una silla. Sin embargo, se ha sostenido que, desde una concepción objetivo-final de la autoría, pudiera admitirse que el autor mediato ("el hombre de

167 *Vid.* Bacigalupo (1978), p. 36; (1997), p. 160. Como correctamente expresa Stratenwerth, en los delitos especiales propios, la infracción al deber especial impuesto al autor fundamenta la punibilidad; en cambio, en los impropios, dicha infracción solo la agrava (1982, p. 76 –196–; Stratenwerth y Kuhlen (2011), p. 86 –4–).

168 Sobre los delitos de infracción de deber, Roxin (2000a), pp. 385 y ss.

169 Mir Puig (2015), p. 237 –52–; Jescheck y Weigend (1996), p. 266; Jescheck (1978), p. 361.

170 Así, Mir Puig (2015), p. 238 –52–.

171 Jescheck y Weigend (1996), pp. 266 y ss.; Jescheck (1978), pp. 361 y ss.

atrás") realice conductas típicas que, en principio, parecieran requerir un contacto entre el autor y la víctima (violencia, abuso sexual) siempre que se domine la voluntad del instrumento que lo ejecuta[172].

Al respecto, considero que deben distinguirse los delitos de propia mano que no exigen ninguna cualidad especial adicional en el sujeto activo (delitos de propia mano comunes), *v. gr.*, la violación, de aquellos delitos de propia mano que implican adicionalmente una especial cualidad, como el incesto, en el cual el sujeto activo debe poseer un vínculo consanguíneo con la víctima. Esta última clase de delitos de propia mano requiere necesariamente que el mismo sujeto activo realice la conducta, razón por la cual no podría utilizar un instrumento para su realización. En cambio, los delitos de propia mano comunes se pueden realizar mediante un sujeto instrumentalizado; de allí la posible imputación del hecho a la persona "de atrás" que domina la situación.

C) Tipos de autoría y de participación

También, atendiendo al sujeto activo, se distinguen los *tipos de autoría y los tipos de participación*. En los primeros, el sujeto interviene como autor, bien realice el hecho directamente, lo ejecute a través de otro o en unión de otras personas. Por su parte, en los tipos de participación, el sujeto activo solo colabora con el autor, por lo tanto, realiza el tipo penal en un rol accesorio.

4.3. Según la relación con el objeto del bien jurídico

De acuerdo a esta categoría, los tipos penales se clasifican en *tipos de lesión* y *tipos de peligro*. Los *tipos de lesión* precisan para su realización de un menoscabo material o ideal del objeto del bien jurídico (*v. gr.*, el homicidio consumado en cualquiera de las modalidades de los arts. 390 y 391 del CP, en los cuales se exige acabar con la vida de la víctima, o los tipos de injurias consumadas –arts. 416 y ss. del CP–, donde es fundamental afectar el honor de la víctima). En efecto, la afectación del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekts*) puede ser tanto material (muerte de una persona) como

172 Maqueda Abreu corrobora este criterio basado en el concepto material de autor. Maqueda Abreu (1992), p. 110 –102 y ss.–

inmaterial (lesión del honor), en la medida en que el interés protegido por el tipo (bien jurídico) se refleje en un ente tangible o intangible. No obstante, en modo alguno, dicha afectación se confunde con el término resultado, en el sentido de cambio en el mundo exterior separado de la conducta. Puede que ambas formas de entender el resultado coincidan, *v. gr.*, caso del homicidio consumado en el cual la muerte constituye tanto un resultado entendido como modificación del mundo exterior separable de la conducta, como también una afectación del objeto del bien jurídico (la vida concreta de la persona fallecida), e inclusive del objeto de la acción (el cuerpo y el conjunto de funciones vitales de la persona, afectadas por la acción del autor). Sin embargo, tal coincidencia no tiene que ocurrir necesariamente, como se aprecia en el delito de violación de morada (art. 144 del CP): en este no existe una modificación del mundo exterior *separable* de la conducta, sino únicamente la conducta del autor (entrar en la morada o permanecer en ella) aunque se afecte el *objeto del bien jurídico*, la privacidad del ocupante legítimo de la morada[173].

Por su parte, los tipos de peligro solo requieren para su realización una conducta estadísticamente peligrosa o la existencia de un efectivo peligro de lesión, sin exigirse la realización de esta (*v. gr.*, el intento de homicidio). Dichos tipos de peligro se subdividen a su vez en:

a) Tipos de peligro concreto, en los que se hace necesaria la efectiva existencia del peligro (*v. gr.*, homicidio frustrado, en el cual el autor hace todo lo necesario para producir la muerte de la víctima, por ejemplo disparar, pero sin lograr el objetivo –la víctima es salvada en el hospital–), por lo tanto, constituyen delitos de *resultado material*. Estos tipos penales, aparte de la conducta típica, exigen un resultado material, precisamente el peligro real (el llamado "peligro corrido": en el ejemplo anterior, la vida del sujeto atacado sufrió un grave peligro)[174];

b) Tipos de peligro abstracto, los cuales exigen para su consumación la sola conducta del autor, considerada estadísticamente peligrosa (*v. gr.*, posesión de drogas prohibidas en pequeñas cantidades –inci-

173 Con relación a todo esto, *vid.* Modolell (2017b), pp. 727 y ss.

174 En relación al criterio para determinar cuándo estamos ante un peligro concreto, señala acertadamente Rodríguez Montañés que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa, entra en "aguda crisis" (1994, pp. 37 y ss.).

so primero del art. 4° de la Ley N° 20.000–). Se trata de conductas que si bien aisladamente no afectan el bien jurídico protegido, ni llegan realmente a ponerlo en peligro, la repetición de los mismos podría traducirse en un peligro real, en una lesión al bien jurídico (peligro estadístico)[175]. El legislador, precisamente en razón de ese peligro estadístico, adelanta la punibilidad de la conducta sin esperar que el peligro exista como tal[176]. De *lege ferandae*, esta forma típica solo se justificaría por la importancia del bien jurídico protegido o por tratarse de la protección de un bien jurídico supraindividual[177] distinto a la simple sumatoria de los intereses individuales (*v. gr.*, salud pública, medio ambiente, etc.)[178].

175 En este sentido, Mir Puig (2015), p. 239 –65– (sobre los llamados "delitos de acumulación", *vid.* Maldonado (2006), pp. 47 y ss.). Críticamente, Mañalich (2021a), pp. 96 y ss. –especialmente, p. 97–. Opina Barbero Santos que en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento del tipo sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta (¿presunción de peligro?); el legislador parte de que una determinada situación es comúnmente peligrosa y conmina, sin más, con pena su realización, por lo tanto, en el delito de peligro abstracto se castiga una conducta por su probabilidad de ser peligrosa (1973, p. 489). Considera que los tipos de peligro abstracto constituyen una presunción refutable de la peligrosidad de una conducta, Rusca (2022), pp. 118 y ss.

176 En cuanto a la necesidad dogmática y viabilidad constitucional de esta clase de delitos, *vid.* Hernández (2016), pp. 172 y ss.

177 Así, Mañalich (2021a), p. 91.

178 Con relación a los delitos de peligro abstracto, distingue Rodríguez Montañés entre delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos individuales, o individualizables, de aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, inmateriales o institucionalizados (1994, pp. 299 y ss., conclusión p. 388). En estos últimos delitos, la lesión o el peligro concreto es difícilmente tipificable, pues ellos se producen, más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas "que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y el funcionamiento" (1994, p. 388). Para esta autora, en esta clase de delitos solo los ataques mínimos determinarán la atipicidad de la conducta (p. 388; desarrollo pp. 299 y ss.). En cuanto a los delitos de peligro abstracto que protegen bienes individualizables o determinables (incendios, delitos contra la salud pública, conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas), debe poder establecerse una relación más o menos inmediata con los bienes que se protegen: "Es necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta, que puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos (imprudencia), respondiendo, por tanto, a la misma estructura que los delitos de peligro concreto: adelantamiento de las barreras de protección a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo" (1994, p. 399).

4.4. Según la relación entre los propios tipos penales

Dentro de esta clasificación se distinguen los tipos penales *básicos, calificados* y *privilegiados*[179]. Los primeros se caracterizan por ser la imagen más general del delito respectivo y establecer la pena general del mismo (*v. gr.*, el homicidio simple previsto en el Nº 2 del art. 391 del CP). Su denominación depende de que, a su vez, exista un tipo cualificado, o privilegiado, en relación con él[180]. Así, frente a estos tipos penales básicos surgen los *tipos calificados* que *aumentan* la pena de aquellos en razón de la concurrencia de una circunstancia objetiva o subjetiva que justifique dicho incremento (*v. gr.*, los tipos de homicidio previstos en el Nº 1 del art. 391 del CP, que aumentan la pena del delito básico de homicidio por concurrir la circunstancia de alevosía en el autor, cometerlo por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento o con premeditación conocida). Por último, los tipos privilegiados se caracterizan porque *disminuyen* la pena del tipo básico por concurrir algún elemento objetivo o subjetivo (*v. gr.*, el infanticidio previsto en el art. 394 del CP).

179 Jescheck y Weigend (1996), pp. 268 y ss.; Jescheck (1978), p. 362.

180 Expresan Jescheck y Weigend que el delito base es el tipo de partida, mientras que los tipos calificados y privilegiados constituyen tipos dependientes del resultado, "de la adición de ciertos elementos" al tipo base (1996, p. 268; Jescheck (1978), p. 362). Como correctamente afirma Reyes Echandía, los tipos básicos describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano y por ello se aplican sin sujeción a ningún otro: estos tipos generalmente encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal (1987, p. 112).

CAPÍTULO IV:
TIPO DE ACCIÓN DOLOSO DE RESULTADO MATERIAL

I. El tipo objetivo en los delitos dolosos de resultado material

El análisis del tipo doloso de acción de resultado material, como todo tipo penal, comienza por su aspecto objetivo, ya que la relevancia jurídico-penal de un hecho se basa en su exteriorización, en su manifestación en el mundo exterior.

En esta clase de tipo penal, el aspecto objetivo se compone de la conducta positiva (acción) y una modificación "espacio-temporalmente" separada de la misma (resultado material), ambas unidas por una relación de causalidad. El resultado, además, debe valorarse como una lesión o peligro relevante desde un punto de vista jurídico-penal, imputable a la conducta infractora del deber impuesto por la norma.

1.1. Relación de causalidad

La relación de causalidad constituye una exigencia típica en los delitos dolosos de acción de resultado material[181], la cual aporta un mínimo de seguridad para determinar el sujeto a quien atribuirle un resultado lesivo[182].

---

181 Erróneamente, considera Cousiño que la causalidad también es exigible en los delitos de mera actividad (1975, p. 345); igualmente, opina que la causalidad es una exigencia de todo delito, Drapkin (1943), pp. 28 y ss. Restringen la causalidad a los delitos de resultado material, por todos, Hernández (2006), p. 9; Vargas (2008), pp. 243 y 251.

182 Modolell (2001), pp. 103 y ss. En sentido similar, Hernández (2006), pp. 9, 11 y ss. Sobre la incompatibilidad de la relación de causalidad y el principio de legalidad pe-

La misma tiene carácter lógico-científico-natural[183], y tradicionalmente su determinación se realiza acudiendo a la *teoría de la equivalencia de las condiciones* (GLASER) para la cual todos los antecedentes del hecho se consideran equivalentes, por lo tanto, deberán ser tomados en cuenta[184]. La teoría se completa con la llamada *fórmula de la conditio sine qua non* (VON BURI)[185] que determina el carácter necesario de un antecedente del resultado material mediante el siguiente ejercicio especulativo: si al eliminar hipotéticamente (mentalmente) ese antecedente igualmente desapareciera (hipotéticamente) el resultado, se concluirá entonces que el antecedente suprimido es efectivamente una *condición necesaria* del consecuente resultado[186]. Por ejemplo, si suprimimos hipotéticamente la existencia de los padres del homicida, este último no habría realizado la conducta delictiva, ya que él tampoco existiría. Por lo tanto, los padres constituyen una *conditio sine qua non* de la muerte ocasionada por su hijo.

No obstante, la fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* ha sido objetada por las siguientes razones:

nal, además de una crítica al propio concepto de causalidad, *vid.* VIVES ANTON (1998), pp. 365 y ss. Cuestiona también la exigencia de la causalidad en la teoría del delito, BUSTOS (1994b), pp. 243 y ss. Sobre el tratamiento de la causalidad en el derecho penal chileno, *vid.* CARNEVALI (2008), pp. 229 y ss.

183 En contra de atribuirle a la causalidad naturaleza fáctica (científico-natural), para contraponerla al carácter normativo de la imputación objetiva, PUPPE (2003), pp. 61 y ss. En la misma línea, afirman BAUMANN *et al.*: "Y al igual que el concepto de acción, el concepto de causalidad es, en principio, un concepto jurídico, ya que la forma de vincular la acción y el resultado sólo puede ser determinada por el Derecho. Según la doctrina dominante, la causalidad hoy en día debe determinarse según los contextos de las ciencias naturales" (2016, p. 191 –5–).

184 Como ejemplo, sentencia del año 1960, de la Corte Suprema contra E.V.S., cit. por ETCHEBERRY (1987), tomo I, p. 133. Partidario de esta teoría en la doctrina chilena, por todos, DRAPKIN (1943), pp. 72 y ss.

185 Seguida mayoritariamente por la ciencia penal chilena (*vid.* HERNANDEZ (2011a), p. 35). Igualmente, la Corte Suprema acepta dicha fórmula en sentencia contra E.B. del año 1952, citada por ETCHEBERRY (1987), tomo I, pp. 132 y ss.). No obstante, confunde la teoría de la equivalencia de las condiciones con la fórmula de la *condicio sine qua non* la sentencia de la Corte Suprema del año 1981 –contra M.M.G.– (ETCHEBERRY (1987), tomo IV, p. 33).

186 *Vid* MODOLELL (2001), p. 126; MIR PUIG (2015), pp. 247 y ss. –11–; SPENDEL (1969), p. 510. Sobre la crítica a la fórmula de la supresión, aunque admite que no es del todo errónea, PUPPE (2003), pp. 99 y ss., 112 y ss.

a) En primer lugar, la fórmula supone conocer la virtualidad causal del antecedente[187]. En efecto, saber si la supresión del antecedente acarrea la desaparición del resultado implica conocer previamente que existe un influjo causal-natural entre aquel y este. La fórmula solo tendría sentido en las relaciones de carácter lógico: que la supresión hipotética de los padres traería como consecuencia la desaparición del hijo causante del homicidio es algo obvio que no requiere una comprobación de la virtualidad causal, de lo cual podría concluirse indudablemente que dichos padres son condición necesaria de la referida muerte. Pero, como puede observarse, en este caso estamos ante una relación de carácter lógico, no experimental. En cambio, saber si el medicamento consumido por la madre embarazada es condición necesaria de la malformación del hijo recién nacido, no puede concluirse únicamente eliminando "mentalmente" dicho consumo. Afirmar que la supresión de la ingesta del medicamento acarrearía la ausencia de la lesión del hijo supone conocer previamente (experimentalmente) que la medicina contenía la sustancia nociva.

b) Igualmente, la fórmula fallaría en el caso de la causalidad acumulativa, es decir, cuando en el hecho concurren varios factores que poseen cada uno por separado la virtualidad causal para producir el resultado. Así, A vierte una dosis de veneno en sí misma mortal en el vaso de agua que tomará la víctima C. Posteriormente, B agrega una dosis semejante en el mismo vaso. C bebe el agua y muere[188]. En este caso, aplicando la fórmula de la *conditio sine qua non*, si se prescinde de una de las dosis de veneno colocadas no desaparecería el resultado de muerte, ya que la dosis subsistente actuaría produciendo el resultado mortal. La conclusiónsería negar la causalidad de las actuaciones de A y B, solución a todas luces absurda.

c) Por último, la fórmula también fallaría en el supuesto de que exista la posibilidad de un curso causal alternativo que actuaría en caso de que faltase la relación causal que efectivamente sucedió (supuesto de "causalidad hipotética"). Así, B, padre de A, quien se encuentra

187 MIR PUIG (2015), p. 248 –13–.

188 Ejemplo semejante en WELZEL (1993), p. 53.

en estado agonizante y en coma irreversible, inyecta una sustancia que provocará la muerte de A en poco tiempo no sin antes pedirle a la madre que si, por cualquier circunstancia emocional, él no pueda aplicar la inyección ella lo haga, pedimento al cual accede la madre de A[189]. De aplicarse la fórmula de la *conditio sine qua non*, habría que negar la causalidad de la conducta de B, ya que, de no haber administrado él la sustancia letal, la madre hubiese actuado[190].

Los problemas de la fórmula de la *conditio* condujeron a la aparición de la fórmula de la *casualidad natural* de Engisch, para quien una acción positiva es causal para un resultado concreto si ambos se han unido conforme a la ley natural (*Naturgesetzmäßig*)[191]. Si bien esta teoría ha gozado de acogida por la doctrina penal, enfrenta problemas fundamentales en el caso de que la supuesta ley causal natural general no pueda verificarse, cuestión que podría suceder por la excepcionalidad del fenómeno. En tal sentido, una ley natural conocida empíricamente no sería necesario probarla constantemente, todo lo contrario respecto de leyes naturales dudosas donde la comprobación sería esencial[192]. En todo caso, la ley natural es aquella que la ciencia determina mediante su propio método: solo ella puede afirmar si, desde su propio punto de vista, un determinado fenómeno es causa de otro[193].

Por otra parte, la "ley natural" no equivale a la llamada "ley estadística"[194]. Si bien la causalidad natural no implica necesariamente una total seguridad en la predicción de los efectos, cuestión que las leyes naturales no siempre pueden proporcionar[195], tampoco se traduce en el simple dato

189 Modolell (2001), pp. 127 y ss.

190 Modolell (2001), p. 128. Mir Puig se refiere a este caso exigiendo que el resultado causado se hubiera producido igual y en el mismo momento por otra causa (2015, p. 248 –15–).

191 Modolell (2001), p. 133; Engisch (1931), p. 21.

192 Modolell (2001), p. 135.

193 Modolell (2001), p. 136; Gomez Benitez (1992), p. 176.

194 Al respecto, Modolell (2001), pp. 136 y ss. De otra opinión, en el ámbito donde la causalidad no está plenamente determinada, Puppe (2003), pp. 78 y ss., especialmente p. 83.

195 Puppe (2003), pp. 76 y ss.

estadístico[196]. Ella se basa en la comprobación de que un determinado suceso bajo ciertas condiciones acarrea como consecuencia otro hecho[197]. En razón de esto, debe distinguirse la relación de causalidad de la prueba de dicho vínculo[198]. Esta se considerará conforme a los principios del derecho procesal penal, aunque deba partirse de un concepto de causalidad propio del derecho sustantivo[199]. Por otra parte, la dificultad de probar fehacientemente la causalidad no debe conducir a la aplicación de sustitutivos probatorios o de normas especiales de valoración de prueba en estos casos[200]. La convicción del juez debe sujetarse a la ley de causalidad natural general reconocida. La problemática expuesta se aprecia en el derecho penal económico, concretamente en la responsabilidad penal por el producto[201].

196 Modolell (2001), pp. 138 y ss.

197 Modolell (2001), p. 139.

198 Ídem.

199 Como correctamente expresa Hassemer, el derecho penal sustantivo determina el concepto de causalidad, lo cual facilita una solución del problema jurídico penal conforme a los principios del Estado de derecho; mientras más preciso sea el concepto de causalidad, afirma este autor, más seguro y transparente será su empleo en el proceso penal (1995, pp. 127 y ss.).

200 Modolell (2001), p. 139. Considera Armin Kaufmann que la certeza subjetiva del juez no puede sustituir el conocimiento general (1973, p. 24). Para Stratenwerth, es imprescindible la comprobación del modo en que se ha producido realmente el resultado jurídico-penalmente relevante, la imputación del resultado solo puede apoyarse en un conocimiento científicamente fundado de las leyes por las cuales este se produce. El principio *in dubio pro reo*, afirma este autor, obliga a excluir la imputación del resultado tanto en el caso de desconocimiento de la causalidad general como cuando falta la comprobación de la causación del resultado por razones fácticas, aun conociéndose la ley natural, por ejemplo si no se puede esclarecer de cuál de las armas pertenecientes a los diversos partícipes en el hecho se ha disparado el tiro mortal (1982, p. 80 –210–; Stratenwerth y Kuhlen (2011), p. 91 –18–).

201 Modolell (2001), p. 140. Así, entre otros, los conocidos casos de la jurisprudencia española y alemana del "aceite de colza", "Lederspray" y medicamento "Contergan", así como el caso del "alimento enteral" en Chile. Sobre la importancia de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, con alusión a los casos europeos referidos, *vid.* Hernández (2006), pp. 4 y ss. Según Contreras, la causalidad en la responsabilidad por el producto precisa distinguir entre la "causalidad general" y la "causalidad concreta". Aquella se pregunta "si entre el consumo del producto y los daños producidos a los bienes jurídicos de los consumidores existe una ley empírica, en el sentido de una aptitud abstracta del producto para dañar, confirmada con un alto grado de probabilidad estadística"; por su parte, la "causalidad concreta" conlleva "determinar si efectivamente el contacto con el producto fue el factor causal

En resumen: no obstante las críticas, pudiera afirmarse que la fórmula de la *conditio sine qua non* seguirá siendo útil para determinar la existencia de una relación lógica entre los hechos, es decir, en aquellas relaciones que no requieren comprobación empírica. Esta fórmula deberá ser complementada con la causalidad conforme a las leyes naturales, la cual en la práctica será preponderante para vincular fácticamente el antecedente con el resultado[202].

1.2. Imputación objetiva del resultado material

Una vez determinada la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, este debe *imputarse* objetivamente a la conducta[203]. Imputar significa atribuir, y, de forma más precisa, atribuir conforme a valores: la imputación objetiva, a diferencia de la causalidad, no constituye una categoría de las ciencias naturales o del mundo del ser, sino una herramienta gnoseológica mediante la cual se atribuye al autor el resultado *causado* en función de criterios valorativos[204]. Esta categoría no deriva de la propia

para desencadenar el resultado, sin que existan otros elementos que puedan explicar también los daños a la vida o salud (por ejemplo, una conducta descuidada del propio consumidor)", y "establecer qué conductas específicas al interior de la empresa (lo que supone necesariamente distinguir entre las actuaciones de los distintos miembros de la organización empresarial) fueron las que ocasionaron (en el sentido de la teoría de la equivalencia) las muertes o lesiones de las víctimas" (2015, p. 268, nota 3; *vid.*, también de este autor, 2021, pp. 39 y ss.).

202 Igualmente, la jurisprudencia chilena desde muy antiguo ha aludido a la llamada "causalidad necesaria y precisa" (*vid.* Etcheberry (1987), tomo I, pp. 117 y ss.).

203 Al respecto, distingue Frisch entre la conducta típica y la imputación objetiva del resultado al afirmar que esta última se aborda cuando se han respondido los respectivos problemas normativos del riesgo desaprobado, temas propios del "injusto de conducta" (*Verhaltensunrecht*). Por lo tanto, según Frisch, primero se determinaría si el autor se ha conducido de forma incorrecta y posteriormente lo relativo a la consecuencia de esa conducta desaprobada (imputación del resultado). A la imputación objetiva corresponde estudiar, únicamente, "si entre el injusto de conducta definido por el riesgo desaprobado y el resultado ocurrido existe del todo una relación determinada. Objeto de la teoría de la imputabilidad objetiva del resultado es (nada más que) la exacta determinación de aquella relación" (1988, pp. 50 y ss.; similar, 2006, p. 60). Por tener, en general, el mismo efecto práctico, prefiero tratar los niveles descritos por Frisch, al menos en el tipo doloso, bajo el tradicional rótulo común de "imputación objetiva".

204 Al respecto, Modolell (2001), pp. 5 y ss., especialmente 51 y ss.; similar, Piña (2003), pp. 521 y ss.

"naturaleza de las cosas"[205], además su carácter objetivo deriva de los criterios que se utilizarán para realizar la referida atribución, valoraciones de carácter general, estandarizadas[206].

La imputación objetiva fue creada por Larenz en el derecho civil e introducida al derecho penal por Honig en los años treinta del siglo veinte. Sin embargo, es a Roxin a quien se debe la resurrección de esta institución en el derecho penal[207].

La doctrina dominante sostiene una serie de criterios de atribución de un resultado material a una conducta, la mayoría de los cuales giran al-

205 Como correctamente expresa Roxin: "[...] un sistema de Derecho penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a lo empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; esta es más bien un producto de valoración legislativa. Sobre si p.e. constituye una acción dolosa de homicidio el que alguien, consciente de las posibles consecuencias, venda drogas a otro, quien conociendo plenamente el riesgo se inyecta con efectos mortales, no puede decidirse con ayuda de categorías como la causalidad o la finalidad, sino solamente mediante la teoría de la imputación objetiva [...]" (1998a, p. 29).

206 Acepta la imputación objetiva como categoría, específicamente los criterios de disminución del riesgo, creación de un riesgo jurídicamente relevante, aumento del riesgo permitido y esfera de protección de la norma, la sentencia de la Corte Suprema de 27 de marzo de 2008, Rol Nº 1046-2008 (cit. por Bullemore (2011), pp. 495 y ss.). Igualmente, ha reconocido la Corte Suprema la relevancia de la imputación objetiva en el ámbito penal en otras sentencias como las siguientes: causa Nº 290/2012 (extradición pasiva), Resolución Nº 40.841, de la Corte Suprema, extradiciones de 18 de junio de 2013, v/lex (aludiendo al criterio de "esfera de protección de la norma); causa Nº 3655/2012 (casación), Resolución Nº 9.802, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 30 de enero de 2013, v/lex; causa Nº 6831/2012 (otros), Resolución Nº 104.188, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 27 de diciembre de 2012, v/lex; causa Nº 1332/2004 (casación), Resolución Nº 17.136, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 19 de julio de 2006; causa Nº 2426/2007 (otros), Resolución Nº 17.341, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 12 de julio de 2007, v/lex.

207 Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva, *vid.* Rueda Martín (2001), pp. 49 y ss.; Modolell (2001), pp. 27 y ss. Reconocen el carácter limitante de la responsabilidad por la teoría de la imputación objetiva de Roxin las sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de septiembre de 2015 (Rol Nº 2758, considerando vigesimoctavo –números 7 y 10–, v/lex) y de 24 de septiembre de 2015 (Rol Nº 2738, considerando decimoctavo –7º y 10º–, v/lex).

rededor del riesgo prohibido representado por la misma[208]. Así, el criterio fundamental de imputación o no imputación de un resultado a una conducta será la aptitud de esta para crear, aumentar, disminuir, etc., un *riesgo prohibido* que se materializa en dicho resultado. Esta visión se explica únicamente dentro de una concepción que asigne al derecho penal una función protectora de bienes jurídicos. En efecto, solo cobra sentido entender el riesgo como una *posibilidad de menoscabo del objeto del bien jurídico*[209].

1.3. Criterios de imputación objetiva del resultado material

A) Disminución objetiva del riesgo

De acuerdo a este primer criterio, no es imputable objetivamente un resultado material causado por una conducta si esta disminuye objetivamente el riesgo de lesión del bien jurídico. Así, el caso del sujeto en cuya cabeza va a impactar una piedra y un tercero interviene desviándole de la trayectoria original del golpe pero produciéndole una fractura de la clavícula[210]. Se trata de la desviación de una acción que se dirige a menoscabar una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga sobre otra parte

208 *Vid.* Roxin (2000d), pp. 45 y 46. Afirma Erb que solo debe ser imputado un resultado causado mediante una conducta determinada cuando en él se ha realizado un peligro que el autor ha producido de manera reprobada jurídicamente, o al menos lo ha aumentado" (1994, p. 453).

209 No obstante, otro sector de la doctrina sostiene que los principios de la imputación objetiva se derivan del fin de garantizar expectativas normativas, fin atribuido al derecho penal. Así, Jakobs, quien de cierta forma niega la función protectora de bienes jurídicos por parte del derecho penal (2001, pp. 19 y ss.), aunque acepta el concepto de riesgo como categoría fundamental de la imputación (*vid.* 1993, pp. 195 y ss. –29 y ss.–; 1995, pp. 237 y ss. –29 y ss.–). En sentido similar, Bacigalupo (1997), p. 189. Ahora bien, este último autor, al referirse al orden lógico de la imputación objetiva, alude al peligro (¿riesgo?) como punto central de la imputación. Dicho orden sería entonces el siguiente: primero se verifica la relación de causalidad entre la acción y el resultado, luego se determina si la acción, en el momento de la ejecución, constituía un peligro jurídicamente desaprobado y, por último, si ese peligro se ha realizado en el resultado típico producido (1997, p. 189). Desde mi punto de vista, siguiendo el orden aludido, el peligro (riesgo) solo puede referirse al objeto del bien jurídico.

210 *Vid.* Roxin y Greco (2020), p. 481 –53–; Roxin (1997), pp. 365 y ss. –43–; Roxin (1991c), p. 131.

menos valiosa[211]. Este criterio, a diferencia de algunos restantes, tiene la particularidad de que el carácter no prohibido de la conducta deriva de su posible eficacia en el resultado. Es decir, la conducta es atípica en razón de su aptitud para mejorar la situación del bien jurídico. Como explicaré *infra*, incluso si el autor realiza una conducta intencionalmente dañosa que objetivamente disminuye el daño, concurrirá la falta de tipicidad del hecho.

La ausencia de imputación objetiva solo abarca los casos en que la intensidad del *mismo* riesgo sea disminuida por la conducta[212]. En cambio, cuando la conducta crea un riesgo *distinto* al anterior, el resultado material sí debe imputarse, aunque ese nuevo riesgo sea más beneficioso para el bien jurídico. Al padre malherido superviviente quien se arrojó con su hijo recién nacido por una ventana de su casa en llamas para librar a este de una muerte segura por el fuego, quedando el niño paralítico por las graves lesiones de la caída, sí se le imputaría este resultado lesivo por ser consecuencia del nuevo riesgo creado (el de morir o sufrir una grave lesión a causa de la caída), aunque pueda ampararse por un estado de necesidad[213]. Igualmente, en el caso de retraso de la lesión del bien jurídico, al médico

211 Mir Puig (2015), p. 260 –50–. Un sector de la doctrina fundamenta este criterio en el hecho de que el fin de la norma jurídico-penal no es prohibir las acciones que reduzcan el riesgo de realización del resultado, atenúen la lesión del bien o simplemente demore su realización (así, Rudolphi (1998), p. 33). En parecido sentido Roxin, para quien sería absurdo prohibir acciones que no empeoran sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido (2020, p. 481 –53–; 1997, p. 366 –43–). Ahora bien, esta fundamentación sería la misma de las causas de justificación que benefician la situación del bien jurídico, como el estado de necesidad, lo cual explica, a su vez, por qué un sector de la doctrina ubica el criterio de disminución del riesgo bajo una causa de justificación (legítima defensa o estado de necesidad), *v. gr.*, Cerezo Mir (2005), p. 109. Sin embargo, señala Cerezo que en este caso normalmente faltará el dolo en el autor, así sea eventual, por obrar con ánimo de defender al injustamente agredido (p. 109). De esta afirmación pareciera deducir Cerezo que en la legítima defensa no hay dolo, conclusión errada si se parte de un concepto de dolo natural: el dolo del autor en la legítima defensa consiste en conocer la situación y querer defenderse (además del especial elemento subjetivo "ánimo de defensa").

212 Así, Hernandez (2011a), p. 44.

213 Luzón Peña (2016), p. 218 –101–. En sentido similar, Roxin y Greco (2020), p. 482 –54–; Roxin (1997), p. 366 –44–. Se evidencia así la importancia de la relación causal en este criterio de imputación, ya que el debilitamiento del riesgo original se explica como una desviación del curso causal existente, produciendo un daño menor. En cambio, el ejemplo de la ventana se entiende como creación de un *nuevo curso causal* dañoso, aunque menor al anterior.

que intenta inútilmente impedir la muerte del paciente malherido aunque solo consigue retrasarla, influyendo así en el concreto resultado[214], no se le imputará este a menos que sea consecuencia de la creación de un nuevo riesgo.

Por otra parte, el resultado material no es imputable aun cuando el tercero salvador hubiese podido hacer más para eliminar toda lesión, inclusive la del bien menos valioso. Por el contrario, si el interviniente tenía un especial deber de protección del bien jurídico (posición de garante), debía hacer todo lo necesario para evitar inclusive las lesiones de menor entidad[215]. Así, si el sujeto desvía el ladrillo que iba a golpear la cabeza de su acompañante hacia otra parte de su cuerpo cuando pudo haber eliminado totalmente el impacto, lo cual no hizo para dar un escarmiento a su distraído amigo, la lesión menor causada igualmente no se imputaría[216]. Supuesto distinto: el guardaespaldas se percata de que alguien lanzó un ladrillo contra el político que protege, y omite intencionalmente interponerse entre el objeto y el político aunque lo empuja mínimamente (pudiendo haber hecho más), salvándolo de un seguro golpe en la cabeza, pero provocándole una lesión menor. En este caso, dicha lesión debe imputársele al protector, ya que él tenía la obligación de hacer todo lo necesario para salvaguardar la integridad física del político.

B) Ausencia de un riesgo típicamente relevante

No es imputable un resultado cuando la conducta causante del mismo no ha creado un riesgo *jurídico-penalmente relevante*[217]. Este supuesto

214 Roxin (1991c), p. 131.

215 En este sentido, Rudolphi (1998), pp. 33 y ss.; Bacigalupo (1997), pp. 190 y 191. Para Jakobs, el rol se amplía cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial, caso en el cual pertenece al rol todo lo necesario para evitar el resultado (1993, p. 208 –50–; 1995, p. 252 –50–).

216 Sostiene Armin Kaufmann que este caso representa un supuesto de aumento del riesgo: "Interesante y clarificador solo lo es el ejemplo si A tuvo la posición de desviar completamente el golpe, pero opinó que X debía recibir un escarmiento. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada (El parágrafo 323 c –omisión del deber de socorro–, además, vendría aquí en consideración) [...]" (1985, p. 811).

217 Roxin (1991c), p. 131; Roxin y Greco (2020), p. 483 –55–; Roxin (1997), p. 366 –45–.

comprende los casos de *riesgos en sí mismos irrelevantes o adecuados socialmente*, y los *riesgos poco probables de producir el resultado* desde un punto de vista *ex ante*.

Así, sobre los *riesgos irrelevantes o adecuados socialmente*[218], cabe aludir al trillado ejemplo académico del sobrino único heredero del tío rico, a quien convence de que realice un viaje en avión con la esperanza de que haya un accidente y pueda heredar su fortuna. En caso de que el avión casualmente se estrelle y muera el tío rico, el resultado no será imputable objetivamente al sobrino (causante del resultado), pues su conducta en modo alguno constituye un riesgo penalmente relevante. Volar en avión constituye una actividad de la cual no puede descartarse totalmente la posibilidad de un siniestro[219]. Se trata de un riesgo permitido por ser necesario para el desarrollo de la sociedad o, de cualquier forma, beneficioso para la misma[220]. De allí que si un riesgo de esta clase pone en peligro o lesiona un bien jurídico, estos no podrán imputarse a la conducta. Es el caso, por ejemplo, del manejo de vehículos automotores, permitido por considerarse provechoso para la sociedad a pesar de que ocasione accidentes o, como expresa Roxin, aunque con ello no se persiga un fin superior (manejar por aburrimiento o para preparar un delito)[221]. En este supuesto, igual que en el

218 Según Wolter, los riesgos socialmente adecuados pueden clasificarse en tres grandes grupos: los riesgos permitidos, los mínimos y los aceptados socialmente: "Entre los *riesgos permitidos* se encuentran tanto el peligro causado en el tráfico rodado, cuando se respeta la normativa administrativa, como la resistencia frente a actuaciones administrativas ilegales, pero también el consentimiento y el asentimiento [...]. Entre los *riesgos mínimos* hay que incluir los casos de regalos insignificantes a funcionarios, o las acciones atentatorias a la libertad sexual de escasa relevancia [...]. Finalmente, entre los *riesgos aceptados socialmente* se cuentan, además del peligro de que el sujeto sufra un *shock* como consecuencia de la comunicación de una mala noticia y de las injurias cometidas dentro del círculo familiar íntimo, también el tráfico de cannabis en pequeñas cantidades con finalidad de autoconsumo. Pues, siempre que se respeten estas limitaciones, el contenido esencial del derecho del autor a obrar libremente se ve protegido en todas sus manifestaciones a través de una causa constitucional de exclusión del tipo" (1999, p. 13).

219 Cury considera que el regalo del paseo en avión que hace el sobrino al tío rico es lo irrelevante penalmente (2020, p. 301). Califica este caso como un supuesto de riesgo inexistente por falta de previsibilidad *ex ante* del resultado. Hernández (2011a), p. 41.

220 Al respecto, *vid.* Frister (2018), pp. 127 y ss. –6 y ss.–.

221 Roxin y Greco (2020), p. 488 –66–; Roxin (1997), p. 372 –56–.

caso del sobrino, no importa la mala intención del agente sino el carácter socialmente adecuado del riesgo[222].

Cabe señalar que un riesgo por sí mismo no puede ser calificado como permitido o prohibido; para ello debe atenderse al contexto social dentro del cual se actúa. Por lo tanto, los riesgos deben corresponder a cada ámbito de relación y a una sociedad concreta[223].

Por otra parte, el carácter irrelevante o no de un riesgo pudiera depender de la concurrencia de determinados conocimientos especiales del autor. En el citado ejemplo del sobrino, la solución cambiaría si él conocía la existencia de una bomba colocada por un grupo terrorista en el avión al cual subió el tío bajo su influencia y que explotaría en pleno vuelo, caso en el cual la doctrina dominante se pronuncia por la imputación[224]. Este conocimiento añadido debe ser *concreto, particular, con relación a un hecho objetivamente riesgoso*. Piénsese en el ejemplo del guía turístico que convence al turista de que visite el barrio "X", lugar de alto índice delictivo, circunstancia desconocida por el viajero. En caso de que este último sea objeto de algún ataque por delincuentes solo le será imputable el hecho al guía si el riesgo de daño era objetivamente probable y si su conocimiento tenía carácter *concreto*. Esto existiría si el guía conociera que en el referido barrio se encuentra una determinada banda de asaltantes que a la hora precisa en la cual "aconsejó" al turista realizar la visita se dedica a robar a los transeúntes[225]. En

222 Para Gimbernat, el "resultado típico causado por una acción dolosa no es objetivamente imputable cuando el comportamiento externo es objetivamente correcto; ello es así porque, entonces, no existe un hecho mínimamente desvalorable al que pueda vincular un juicio de tipicidad un Derecho penal que arranca precisamente del hecho para sus valoraciones y que, por ello, no puede basarlas única y exclusivamente en las intenciones" (1990c, p. 216).

223 Así, Jakobs (1996), pp. 91 y ss. En igual sentido, Ferrante, quien siguiendo a Jakobs expresa que la conformación y justificación del riesgo permitido "[…] responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción" (1998, p. 25, y p. 26. Incluye los supuestos de ámbitos especialmente peligrosos –tráfico vial y ley *artis*–, p. 26). En mi opinión, el hecho de que la permisión o no de un riesgo dependa del ámbito de interacción no es contradictorio con el hecho de que el derecho penal deba proteger bienes jurídicos. En efecto, se protegen bienes jurídicos contra riesgos no permitidos o nocivos; en modo alguno, ante cualquier clase de riesgo.

224 Por todos, Wolter (1999), p. 14.

225 Según Roxin, hay que dotar "al observador del eventual saber especial del autor concreto […]. Así pues, si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el ca-

cambio, si se trata de un conocimiento general de la peligrosidad del lugar ("usualmente allí se cometen muchos delitos"), en caso de producirse algún daño, considero que no sería imputable el resultado al guía[226], independientemente de su mala intención. En tal sentido, el autor debe conocer que un riesgo no aceptado socialmente (la bomba en el avión o la peligrosidad de un grupo de asaltantes del barrio) va a producir, con bastante probabilidad, un determinado resultado[227].

Ahora bien, quedaría por dilucidar si los aludidos conocimientos especiales del autor constituyen un problema concerniente al tipo subjetivo (dolo del autor) o al ámbito de la imputación objetiva, sobre todo porque en este caso la atribución del resultado cambia según el conocimiento del autor[228]. Así, en el ejemplo mencionado *supra*, si el sujeto sabe que en el avión hay una bomba que con seguridad estallará a determinada hora, se le imputará el resultado. En cambio, si no lo sabe, pero convence al tío de que suba al avión con la esperanza de que "algo suceda" y estalla una bomba, no se imputaría el hecho. En este último caso, el autor dirige un curso causal sin saberlo; en cambio, en el primero sí lo conoce. A primera vista pareciera que todo depende del conocimiento del autor. Sin embargo, considero que *el conocimiento del autor solo agrega un dato más para concretar el juicio objetivo de imputación*. En el caso del sobrino, la pregunta sería: ¿es imputable el resultado de muerte a un hombre medio que convence a la víctima de subir a un avión a sabiendas de que va a explotar? La respuesta obviamente debe ser afirmativa en razón del dato adicional de

mino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato […] u […] homicidio si se mata al paseante […]" (1997, p. 367 –46–; Roxin y Greco (2020), pp. 483 y ss. –56–).

226 La solución anterior se confirma al considerar el posible tratamiento del tipo de tentativa: si se afirma que al guía se le imputa el delito que sufrió el turista por la visita al barrio, cuya peligrosidad en general (no en concreto) conocía el guía, entonces también deberían imputársele las tentativas de todos los delitos posibles que en ese barrio pudieron haberle ocurrido al turista, cuestión a todas luces insostenible.

227 En este sentido, Sancinetti (1998), p. 59.

228 Ello ha sido fuente de críticas a la imputación objetiva por parte de representantes del finalismo y del "neo-finalismo". *Vid.* Kaufmann (1985), pp. 821 y ss.; Cerezo Mir (2005), p. 106; Struensee (1995), pp. 263 y ss. Hernández se manifiesta escéptico sobre la diferenciación entre los conocimientos especiales y el dolo, cuestionando el carácter objetivo de la imputación en estos casos (2011a, p. 42). En contra del tratamiento de estos casos como problemas relativos al dolo del autor, por todos, Roxin (1991c), p. 132.

concreción (conocimiento de la bomba): no por tomarse en cuenta un dato subjetivo deja el juicio de tener naturaleza objetiva[229].

Para sostener que los casos anteriores se solucionan a nivel del dolo, se tendría que haber aceptado previamente la configuración del tipo objetivo, lo cual únicamente podría basarse en el simple vínculo causal. Es decir, los partidarios de la solución de estos casos en el ámbito del tipo subjetivo (dolo) deberían mantener, consecuentemente, que el tipo objetivo se conforma única y exclusivamente mediante la existencia de una relación de causalidad.

Dentro la ausencia de un riesgo típicamente relevante se incluye también el caso de que el *peligro ya existente no sea incrementado de modo mensurable*[230], supuestos en los cuales hay poca probabilidad de aumentar el peligro desde un punto de vista *ex ante* (criterio de la adecuación)[231]. De manera que,

229 Acertadamente, expresa Cancio Meliá que la relevancia jurídico-penal de un hecho, la delimitación de "sucesivos 'niveles de contexto' no puede hacerse conforme a un esquema simplista 'dentro de la cabeza-fuera de la cabeza' [...]. En este sentido, 'objetivo' significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social"; el valor "intersubjetivo" de la conducta, añade el autor, puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante, y esa valoración es distinta de la que se realiza en el tipo subjetivo (2001, pp. 95 y ss.). También, del mismo (2005), pp. 223 y ss. Más crítico se muestra Cancio en (2004), pp. 63 y ss. Según Frisch, es "correcta la observación referida a que la pregunta acerca de la creación de un riesgo desaprobado también depende del conocimiento de la persona que actúa. Yerra, sin embargo, al equiparar este 'conocimiento' con el dolo. Pues, en primer lugar no se trata del conocimiento actual en el momento de la acción, que es lo que interesa al dolo. La acción del autor puede ser considerada como disvaliosa porque él se había enterado de algo antes sobre lo que no reflexionó en el momento de la acción, pero debio haberlo hecho. En segundo lugar, naturalmente se trata de un juicio objetivo la respuesta a la pregunta de si una persona, que en algún momento se ha enterado de determinadas circunstancias, ahora tiene permitido realizar una determinada acción, o si esta acción puede ser valorada como un riesgo desaprobado desde el punto de vista de la experiencia general" (2012, p. 33). Para Rojas, el contenido de la norma de conducta y su infracción pueden variar por el conocimiento especial, el cual se considera en el ámbito de la imputación objetiva según una valoración de los intereses en conflicto –protección del bien jurídico versus ámbito de libertad– (2010, pp. 250 y ss.).

230 Roxin y Greco (2020), p. 483 –55–; Roxin (1997), p. 367 –45–.

231 Así, Roxin y Greco (2020), p. 483 –56–; Roxin (1997), p. 367 –46–; igualmente, Roxin (1991c), p. 132. Sobre la "causalidad adecuada" como antecedente de la imputación objetiva, *vid.* Modolell (2001), pp. 60 y ss. Para la crítica a la teoría de la adecuación, *vid* Jakobs (1993), pp. 197 y ss. –33 y ss.–; (1995), pp. 239 y ss. –33 y ss.–.

para poder imputar un resultado relevante, este debe provenir de una conducta adecuada según el criterio del hombre medio situado *ex ante*, tomando en cuenta los conocimientos especiales del autor. Lo anterior explica la inclusión en este criterio de la falta de previsibilidad objetiva del resultado[232]. Por ejemplo, no se imputa la muerte de la paciente al médico que le práctica un aborto consentido, llevado a cabo según todos los protocolos médicos respectivos y a la *lex artis*, cuando dicho desenlace es consecuencia de una extraña infección quirúrgica imposible de ser prevista *ex ante*[233].

C) Aumento del riesgo permitido (conducta alternativa conforme a derecho)

Solo es imputable un resultado material cuando sea consecuencia de una conducta que aumenta el riesgo permitido. Por lo tanto, el riesgo creado por la conducta debe ser el mismo que se materializa en el resultado. A nivel de la causalidad, no es relevante la existencia de un "curso causal hipotético", ya que la misma se determina desde un punto de vista lógico-científico-natural, es decir, la causalidad existe o no existe. No obstante, como afirma Roxin, ello no impediría atribuirle algún efecto a los llamados "cursos causales hipotéticos" en el ámbito de la imputación objetiva[234]. Al respecto, si el resultado causado por la conducta infractora de una prohibición normativa hubiese ocurrido de igual forma, aunque el autor actuare conforme a derecho, deberá negarse la imputación objetiva de dicho resultado[235]. En cambio, si cabe una duda, en el sentido de que el resultado efectivamente producido hubiese podido ser evitado mediante la conducta correcta, deberá imputarse aquel[236].

232 *Vid.* Roxin (1991c), p. 132.

233 Según Etcheberry, la SCS de 1951 –contra C.A.V.A.– vincula la previsibilidad a la causalidad del resultado (1987, tomo I, p. 117). Similar, SCS de 27 de enero de 1997 (Rol Nº 4177-1997) cit. por Mera y Castro (2007), pp. 146 y ss.

234 Roxin y Greco (2020), p. 485 –58–; Roxin (1997), p. 368 –48–. Similar, Perin (2020b), pp. 221 y ss. (para la doctrina sobre los cursos causales hipotéticos en la imputación del resultado, pp. 219 y ss.). Resalta la importancia de dichos cursos causales, pero con relación al criterio de disminución del riesgo, Sancinetti (1998), pp. 64 y ss.

235 *Vid.* Roxin (1991c), pp. 134 y ss. Igualmente, Rudolphi (1998), pp. 44 y ss.

236 Roxin y Greco (2020), p. 496 –88b–; Roxin (1997), p. 379 –72–. Al respecto, *vid.* sentencias de la Corte Suprema citadas *infra* al referirme al criterio de imputación denominado "conducta de la propia victima".

Por lo tanto, deben distinguirse los hechos hipotéticos *que con toda seguridad* hubieran impedido la lesión del bien jurídico ocurrida o hubiesen ocasionado un hecho distinto, de los hechos hipotéticos cuya concurrencia no hubiera impedido el resultado de ninguna forma. Ambos supuestos aluden a la existencia de cursos causales posibles, de allí su agrupación[237]. El primero se refiere a aquellas conductas conforme a derecho que, de haber sido realizadas, hubieran podido evitar el curso causal efectivamente ocurrido o, como se dijo, este hubiese sucedido de distinta manera. Se cita el caso del Tribunal Supremo alemán, en el cual el conductor del camión adelanta a un ciclista sin guardar la distancia reglamentaria. Durante el adelantamiento, el ciclista, que conducía en estado de ebriedad, gira la bicicleta a la izquierda en razón de un efecto de cortocircuito explicable por su embriaguez, cayendo bajo las ruedas traseras del remolque. Se prueba que probablemente el accidente también se hubiera producido de haber guardado el conductor del camión la distancia reglamentaria al efectuar la maniobra de adelantamiento, aunque hipotéticamente el resultado pudo haber sido otro, dada la diferencia entre la distancia efectivamente guardada y la que se debió cumplir, lo cual posiblemente conllevaría que el ciclista no hubiese sido arrollado en el mismo momento y, por ende, que la lesión fuese distinta. Que una conducción correcta hiciera factible la salvación de la vida del ciclista ameritaría la imputación objetiva del resultado[238].

Por argumento en contrario, si la conducta alternativa conforme a derecho en modo alguno evitaría el mismo resultado, debe negarse la imputación. Así, el conocido caso de los pelos de cabra, material que sin desinfectar el dueño de la fábrica de pinceles entrega a las trabajadoras para su confección, muriendo cuatro de ellas por la existencia de bacilos de carbunco en la materia prima. Se demuestra, sin embargo, que aun cuando los pelos de cabra se hubiesen desinfectado no habrían sido eliminados los bacilos ni evitada la muerte[239].

237 Pareciera considerar que esta forma de razonamiento implica sustituir el vínculo causal por el criterio de aumento del riesgo permitido, Cury (2020), p. 302.

238 Roxin y Greco (2020), p. 496 –88b–; Roxin (1997), p. 379 –72–. Esta solución ha sido calificada por un sector de la doctrina como una infracción al principio del *in dubio pro reo* (por todos, Zaffaroni (2002), p. 472). Trata de compatibilizar el criterio con el respeto a dicho principio, Luzón Peña, para quien será preciso que haya seguridad, o al menos una gran probabilidad, de que el resultado también se produciría de actuar correctamente el autor (1996, p. 386).

239 Mir Puig (2015), p. 307 –63–; Roxin (1991c), pp. 134 y ss.

De acuerdo con lo anterior, la posibilidad de evitación del resultado dañoso por la realización de una conducta alternativa conforme a derecho sería motivo suficiente para imputar el resultado. Ahora bien, si la posibilidad de evitación del resultado por parte de la conducta alternativa era ínfima, aunque posible, tampoco debería imputarse el resultado. En efecto, así como no puede imputarse un resultado a una conducta cuando esta representa *ex ante* un riesgo mínimo de producción de aquel, tampoco podría atribuirse un resultado causado por una acción infractora de un deber cuando la hipotética conducta alternativa conforme a derecho solo tendría una posibilidad mínima, considerada *ex ante*, de evitar el aludido resultado. Ello sucederá usualmente cuando el bien jurídico se encuentra a merced de otro acontecer riesgoso de mayor influencia en el desarrollo de los acontecimientos. Así, en el caso del ciclista referido, la embriaguez de este podría ser el factor determinante para que se produzca el acto de corto circuito de aquel y la consecuente pérdida de control de la bicicleta. De manera que, si la posibilidad de no arrollar al ciclista por la conducción correcta del camión era mínima dada la ebriedad de aquel, pues entonces no podría imputarse el resultado al conductor del camión. En suma, no es cualquier posibilidad de evitación del resultado por el actuar conforme a derecho la que determinaría su imputación, sino una que permita concluir que la hipotética conducta alternativa correcta lo hubiese evitado *con probabilidad media*[240].

D) *Prohibición de regreso*

La llamada "prohibición de regreso" fue creada por Frank como un baremo vinculado a la relación causal[241]. Sin embargo, un sector de la doctrina penal considera que de la antigua prohibición de regreso queda hoy muy poco. Tradicionalmente, este criterio se ha formulado en los siguientes términos: no es imputable objetivamente un resultado a una conducta causante cuando entre esta y aquel se ha interpuesto la conducta antijurídica, dolosa o culposa, de un tercero. En tal caso, la realización del resultado por el tercero que actúa antijurídicamente es su obra voluntaria, por lo tanto, es independiente de la voluntad del primer actuante[242]. Así, A llega

240 Descarta los juicios hipotéticos alternativos la sentencia de la Corte Suprema de 12 de noviembre de 2003 (cit. por Hernández, 2011a, p. 48).

241 Al respecto, *vid.* Mezger (1946), pp. 242 y ss.; Frister (2018), p. 131, nota 15.

242 Naucke (1998), pp. 46 y ss. Para Hernández, este criterio sería "la institución más polémica y resistida de la actual teoría de la imputación objetiva y, en rigor, no ha

a un bar y deja su arma de fuego sobre una mesa, yéndose a conversar con unos amigos a otro sitio del local. Inmediatamente, en el propio bar comienza una discusión entre B y C. B se percata de la existencia del arma dejada por A sobre una mesa y la toma para matar a C. En este ejemplo, la muerte no podría ser imputada a A aunque haya contribuido causalmente al resultado, en razón de que entre este y la conducta de A se interpone un tercero (B) que actúa antijurídicamente, además de forma dolosa.

Se incluye dentro de este criterio el supuesto de daños ulteriores (segundos daños), *v. gr.*, choque en cadena, muerte sobrevenida mucho tiempo después como secuela de una antigua herida[243]. También caben los casos de intervenciones culposas de terceros. Siguiendo con el ejemplo anterior, un cliente del bar toma el arma que A dejó sobre la mesa, para observar su mecanismo y calibre, manipulándola de forma tal que se le escapa un disparo que siega la vida de otro cliente. En este caso, tampoco se imputaría la muerte al dueño del arma (A) en razón de la intervención antijurídica (culposa) del curioso.

Un sector doctrinal considera que este criterio puede circunscribirse a la intervención posterior de un tercero mediante un acto idóneo por el cual asume el riesgo, *sin necesidad de entrar a considerar si dicho tercero actúa antijurídicamente*[244]. Desde mi punto de vista, lo fundamental en el criterio de prohibición de regreso radica precisamente en el carácter antijurídico de la intervención posterior de un tercero, que acarrea la imputación del resultado al mismo[245].

Igualmente, cabe la siguiente pregunta: ¿son relevantes los conocimientos especiales que pudiera tener el remoto causante del hecho? Al respecto, resulta claro que se imputa el resultado al causante original cuando este se vale de la posterior intervención del tercero (*v. gr.*, en autoría mediata), o

sido realmente objeto de discusión en Chile. A diferencia de las otras instituciones en comento, parece improbable su aceptación jurisprudencial" (2011, p. 51).

243 Luzon (2016), pp. 208 y ss. –69 y ss.–.

244 Opinión sostenida, de cierta forma, por Jakobs (1993), pp. 214 y ss. –59 y ss.–; (1995), pp. 259 y ss. –59 y ss.–. Igualmente, Feijóo Sánchez (2001), p. 30.

245 Según Piña, siguiendo a Jakobs, "no hay participación criminal cuando una conducta pasa a ser lesiva por la transformación que le imprime un tercero", siempre que aquella carezca de sentido (objetivo) delictivo (2008, p. 430). Este sentido delictivo de la conducta no se realiza cuando ella cumple las expectativas que derivan de su rol social (pp. 438 y ss.).

acuerda con él su decisiva intervención (el sujeto que llega al bar portando su arma de fuego se ha puesto de acuerdo previamente con la persona que la usará para disparar al tercero). La duda radica en el supuesto de que el primer causante prevea, o le conste, la posterior intervención del tercero sin aprovecharse de ella o acordada previamente. En este caso, una posible solución sería la de imputar dicho resultado al primer causante por ser previsible, para una persona media desde un punto de vista *ex ante*, que la intervención inicial podría ser aprovechada por un tercero para actuar de forma antijurídica. Sin embargo, esta conclusión parece excesiva, ya que la conducta del primer causante podría ser adecuada socialmente. Así, el deudor paga su deuda y el acreedor, tal como sospechaba aquel, compra con ese dinero un arma que utiliza posteriormente para matar a un tercero[246]. Aquí no podría imputarse la muerte al acreedor por ser su conducta (pagar la deuda) aceptada por la sociedad.

E) Principio de confianza

Vinculado a la prohibición de regreso y al riesgo permitido[247], la doctrina añade como criterio de imputación objetiva el llamado "principio de confianza", según el cual, a pesar de que la experiencia enseña que otras personas pueden cometer errores, se puede confiar en que actuarán correctamente[248]:

> "Todo aquello en lo que se puede confiar ha de entenderse como riesgo permitido (no es exigible preocuparse más allá de ello), de manera que los resultados lesivos que emanen de la confianza adecuadamente depositada en la conducta de *Alter*, no puede fundamentar la responsabilidad penal"[249].

Este principio resultaría aplicable especialmente a los casos de división del trabajo y a ámbitos como el tráfico rodado[250]. Así, por ejemplo, no se

246 Jakobs (1993), p. 214 –59–; (1995), p. 259 –59–.

247 Concibe el principio de confianza como manifestación del riesgo permitido. Contreras (2018a), pp. 33 y ss.

248 Jakobs (1993), pp. 208 y ss. –51 y ss.–. (1995), pp. 253 y ss. –51 y ss.–.

249 Piña (2008), p. 452; similar, Hernandez (2011a), pp. 50 y ss., con alusiones a la doctrina chilena.

250 Jakobs (1993), pp. 209 y ss. –52 y ss.–; (1995), pp. 254 y ss. –52 y ss.–; con detalle, *vid.* Contreras (2018a), pp. 69 y ss.; igualmente, Contreras y Garcia (2015), pp. 86 y ss.

le puede imputar el resultado de muerte al médico cirujano que pide más anestesia para el paciente, quien fallece por una sobredosis del gas anestesiante, ya que se entiende que el cirujano confía en que el médico anestesista realizará correctamente su función[251].

F) *Conducta de la propia víctima*

Existen supuestos en los cuales el riesgo es asumido por la propia víctima, lo cual impide la imputación del resultado de "aquellos daños que la víctima se ha ocasionado *libre y voluntariamente*"[252]. Ejemplo: si A se inyecta una dosis mortal de la heroína que ha recibido de B causándose la muerte, esta no se le podrá imputar a B[253]. La atribución del resultado a la víctima se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad[254], según el cual el resultado lesivo o el peligro le será imputado cuando ella ha asumido las consecuencias de un riesgo creado por un tercero[255].

Como expresa Cancio, constituye un criterio autónomo de imputación objetiva los casos de existencia de responsabilidad preferente de la víctima[256]. Así, cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad capaz de producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima si: a) la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima; b) la conducta de la víctima no ha sido instrumentalizada por carecer ella "de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto–) responsable" (autoría mediata); c) el autor no tiene un específico deber de protección frente a los bienes de la víctima[257].

El criterio señalado supone la existencia de una organización conjunta entre la víctima y el autor, caracterizándose por una interacción entre ambos que crea un contexto común con un mismo significado objetivo[258]. Este último se determina normativamente, a saber: serán "conjuntos" aquellos aspectos de la organización "que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía. Solo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima"[259]. En conclusión, en las actividades riesgosas realizadas conjuntamente por regla general, salvo los casos expresados, la materialización de un riesgo determinado en una lesión o en un peligro real del bien jurídico, se imputará a la propia víctima[260].

1.4. Adenda: la llamada "concausalidad"

La jurisprudencia tradicional ha negado la relación causal en casos donde influyen en el resultado hechos presupuestos o sobrevinientes

---

251 Sobre el principio de confianza en el ejercicio de la medicina, *vid.* Rosas (2015), pp. 142 y ss.

252 Cuello Contreras (2002), p. 607 –177–. Afirma Cancio que este criterio ya se encuentra en los trabajos de Roxin (*vid.*, de este último autor (1991e), pp. 190 y ss.).

253 Wessels *et al.* (2019), p. 84 –272–.

254 Wessels *et al.* (2019), p. 84 –269–. Al respecto, por todos, Rojas (2015), pp. 176 y ss., especialmente p. 178.

255 Siguiendo a Cancio, considera Mañalich que la conducta de la víctima en el ámbito del tipo penal no se refiere a la imputación como tal de un resultado, sino a la propia conformación de lo prohibido (2004b, p. 283).

256 (1998a), p. 281. "[Q]uien creó el riesgo del atropellamiento no fue el exceso de velocidad sino el hecho de que el peatón cruza la calzada de modo intempestivo por un lugar no autorizado" (SCS de 5 de octubre de 1992, Rol Nº 28576, cit. por Mera y Castro (2007), p. 436. Sentencias similares, pp. 434 y ss.; Igualmente, para una descripción detallada de la jurisprudencia sobre la imputación a la propia víctima, *vid.* Vargas (2014), pp. 345 y ss.).

257 Cancio (1998a), p. 284. Según Hernández, un sector de la doctrina chilena acepta estos tres criterios "para una imputación preferente a la víctima" (2011a, pp. 52 y ss.).

258 Cancio (1998a), p. 290.

259 Ídem. Sobre lo relativo a la organización conjunta, pp. 291 y ss.

260 Utiliza el criterio de la "conducta alternativa conforme a Derecho" (evitabilidad del resultado mediante el cumplimiento del cuidado debido) para solucionar los supuestos de concurrencia de riesgos por parte del autor y de la víctima, Contreras (2019), pp. 100 y ss., y 103 y ss. Similar. SCS de 22 de abril de 1998 (Rol Nº 747-1998), considerandos 9° y ss. (cit. por Mera y Castro (2007), pp. 299 y ss.); también, SCS de 12 de abril de 1999 (Rol Nº 114-1999), considerando 7° (cit. Mera y Castro (2007), pp. 296 y ss.). En efecto, en ambas sentencias se alude a una especie de "conducta hipotética conforme a Derecho" por parte de la víctima, quien actúa de forma imprudente, aunque esta no sea suficiente para descartar la responsabilidad penal del autor. En parecido sentido, aunque sin aludir al carácter hipotético de la conducta de la víctima, SCS de 27 de agosto de 1997 (Rol Nº 2101-1997), considerandos 2° y 7° (cit. Mera y Castro (2007), pp. 298 y ss.). Sobre el punto, ver, igualmente, Vargas (2014), pp. 361 y ss.

(condición previa de la víctima, enfermedad posterior, etc.)[261]. Modernamente, se acepta que en estos casos existe la causalidad, especialmente determinada a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non*. No obstante, los baremos de la imputación objetiva explicados corregirán los posibles excesos. Así, las circunstancias o condiciones preexistentes deben ser previsibles *ex ante*, según el juicio de una persona media situada en la posición del autor (riesgo típicamente relevante). Es decir, se imputa el resultado lesivo aunque el autor no haya conocido dichas circunstancias ni previó su concurrencia, siempre que un sujeto medio en su situación hubiese contado con ellas. En el repetido ejemplo de la herida de navaja asestada con ánimo lesivo que causa la muerte del hemofílico, esta solo podría ser imputada como homicidio (culposo) si era previsible *ex ante* tal condición (por síntomas, advertencias, etc.)[262].

2. El tipo subjetivo en los delitos dolosos de resultado material

2.1. Introducción

El dolo, en esta forma típica analizada, constituye su rasgo diferencial. Como afirma Welzel, si alguien hiere mortalmente a otro, la determinación de si se ha realizado el tipo de homicidio doloso o el de lesiones corporales con resultado de muerte, o el tipo de homicidio culposo, depende de la existencia y el contenido del dolo[263]. Welzel fundamentó la ubicación del dolo en el tipo penal en su concepción ontológica de la acción[264]. En efecto, como expliqué en el capítulo II, la acción final constituía para el autor una estructura del mundo del ser que el legislador no podía desconocer; de allí que, por lo tanto, el componente final de la acción (dolo) no podía seguir ubicado en la culpabilidad. Sin embargo, actualmente, la doc-

261 Etcheberry (1987), tomo I, pp. 120 y ss.

262 Consideran contradictoria la "concausalidad" con la teoría de la equivalencia de las condiciones, Politoff *et al.* (1992), pp. 64 y ss.

263 Welzel (1993), p. 73. Se debe principalmente a dicho autor haber puesto de relieve la importancia fundamental del dolo para la configuración del tipo penal (*vid.* pp. 73 y ss.).

264 Welzel (1993), p. 74.

trina mayoritaria en modo alguno recurre a tal fundamentación para ubicar el dolo en el tipo, aludiendo más bien, entre otras razones, a la función motivadora de la norma[265] o a que el dolo contiene "el sentido y significación plasmado en la situación dada"[266].

En mi opinión, el dolo se ubica en el tipo por una necesidad sistemática de subsunción del hecho. La tipicidad de una conducta es imposible de configurar si no se determina el dolo del autor: un disparo en un pie constituye el tipo de homicidio frustrado o de lesiones gravísimas según el fin querido por el autor. Si su intención era matar y el disparo dio en el pie, pues estamos ante el tipo de homicidio frustrado. Si el fin que perseguía el autor era lesionar el pie de la víctima, concurriría el tipo de lesiones. Solo conociendo el aspecto subjetivo del autor se puede diferenciar un tipo doloso de uno culposo; un tipo consumado de uno intentado, etc.[267]. Obviamente, esta argumentación parte de entender el dolo como un componente subjetivo de naturaleza psicológica. Incluso, si se piensa que el dolo implica el simple conocimiento del hecho por parte del autor, en el ejemplo mencionado saber que el disparo pone en riesgo la vida realizaría el tipo mencionado de tentativa (frustración) de homicidio. Mientras que la falta de dicho conocimiento del riesgo descartaría la punibilidad a título doloso.

2.2. Evolución sistemática del dolo

La llamada "doctrina causalista" del delito entiende el dolo como mala intención (*dolus malus*), requiriendo que el autor conozca y quiera las circunstancias fácticas del delito, agregando el conocimiento de la prohibición del hecho. En tal sentido, el dolo se configuraría con dos componentes, uno de carácter psicológico (conocimiento y voluntad del hecho) y otro

265 Así Mir Puig, para quien la ubicación del dolo como integrante del hecho antijurídico se desprende de la atribución a la norma de una *función de motivación* dirigida a la mente del destinatario, la cual únicamente puede pretender determinar actos voluntarios en la medida de su voluntariedad (1994a, p. 209).

266 Bustos (1994b), p. 280. Inclusive, algún autor vinculado al finalismo sostiene que la ubicación del dolo en el tipo de injusto no deriva de la concepción ontológica de la acción ("estructura finalista") sino de la concepción que del injusto sostenga cada Código Penal (Cerezo Mir (1982b), pp. 198 y ss.).

267 Welzel (1993), p. 73.

de carácter normativo (conocimiento de la antijuridicidad o prohibición del hecho). Adicionalmente, esta tradicional concepción se caracteriza por ubicar el dolo en la culpabilidad como uno de sus elementos[268].

Por el contrario, la sistemática contemporánea, como mencioné anteriormente, considera desde WELZEL que el dolo constituye un elemento fundamental del tipo penal doloso, y (dejando a salvo lo que explicaré *infra*) se entiende como *conocer* y *querer* los elementos que conforman el supuesto de hecho descrito en el tipo penal[269]. Aunque dicho conocimiento no se limita exclusivamente a los elementos descriptivos establecidos en el tipo penal, sino también a los elementos de carácter normativo, debe aclararse que se trata de un concepto "avalorado" de dolo (el llamado "dolo natural"); por lo tanto, se descarta el conocimiento de la prohibición del hecho (elemento que sigue formando parte de la culpabilidad).

2.3. Contenido

Partiendo de que el dolo forma parte del tipo penal, tradicionalmente se ha sostenido que se configura con la *voluntad* (querer) y el *conocimiento* de los elementos del tipo[270]. Sin embargo, un sector cada vez más creciente de la doctrina penal prescinde de la voluntad (querer) como elemento del dolo, restringiendo este al simple conocimiento (actual) de los elementos típicos[271]. Así, para que concurra un hecho doloso, bastará que el autor conozca, se represente, el riesgo típico y realice la conducta *descrita* en el supuesto de hecho, independientemente de que quiera (acepte) o no la lesión (o el peligro) del bien jurídico[272]. En todo caso, ambas formas de entender el dolo le atribuyen un inequívoco carácter psicológico. En efecto, tanto la voluntad como el conocimiento de los elementos del tipo constituyen fenómenos que ocurren en la psiquis del autor y que deben ser considerados por el juez en su manifestación actual (no potencial).

Ante ello, destaca una tendencia que no concibe el dolo como un hecho (psicológico), es decir, el dolo no se constata o se prueba sino que se *imputa*: el mismo no representa un juicio descriptivo sino *adscriptivo*[273], un "conocimiento y [...] voluntad que se atribuyen"[274]. En tal sentido, el

268 En Chile, por todos, ETCHEBERRY (1998), tomo I, pp. 273 y ss.

269 En este sentido, define Welzel el dolo como "la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito" (1993, p. 77).

270 WELZEL (1993), pp. 78 y ss. En Chile, por todos, GARRIDO MONTT (2005), p. 96; CURY (2020), p. 305; VARGAS (2011), p. 93. Igualmente, entiende el dolo como un elemento de naturaleza psicológica, conformado por "el íntimo conocimiento y voluntad del agente", SCS de 6 de octubre de 2009, Rol Nº 5128-2008 (cit. por MATUS (2015), pp. 8 y ss.). También SCS, Rol Nº 134189-2020, de 17 de febrero de 2021(*vid.* MODOLELL (2021), pp. 184 y ss.). Sobre la adopción del dolo como conocimiento y voluntad en la doctrina y jurisprudencia chilenas, *vid.* HASBÚN (2019), pp. 16 y ss.; igualmente, con relación a la doctrina chilena del siglo XX, OSSANDÓN (2022), pp. 243 y ss.

271 Sostienen la configuración del dolo únicamente con el conocimiento del riesgo, entre otros, FRISCH (1983), pp. 346 y ss.; (2012), p. 33; GIMBERNAT (1990a), pp. 254 y ss.; JAKOBS (1993), pp. 261 –8–; (1995), pp. 315 y ss. –8–); DÍAZ PITA (1994), p. 290 (aunque esta autora habla de la "aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente" –, p. 291–, pareciera sostener la necesidad del elemento volitivo en el dolo bajo el título "adopción de una decisión contraria al bien jurídico" –, pp. 300 y ss.–); LESCH (1997), p. 809; RAGUÉS (1999), pp. 175, y 189 y ss.); LAURENZO (1999), pp. 242 y ss. En Chile, concibe igualmente el dolo como conocimiento, por todos, RETTIG (2019), pp. 518 y ss. Pareciera ser un antiguo precursor nacional en la defensa del "dolo cognitivo", Ortiz Muñoz (OSSANDON, 2022, pp. 542 y ss.). Según Retamal, existen ámbitos donde del mero conocimiento de la realización típica se desprende la "voluntariedad" (2009, p. 3).

272 En este sentido, dice la Corte Suprema, en sentencia de 18 de octubre 2018, Rol Nº 19053-2018, considerando décimo tercero: "[...] el dolo ha de ser concebido sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo, es decir, ya no se trata de un conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento (Ragués i Valles, Ramón, Consideraciones sobre la prueba del dolo, Revista de Estudios de la Justicia –Nº 4– Año 2004, pp. 13). La conceptualización reseñada adquiere importancia en la perspectiva de la prueba del conocimiento que tenía el sujeto de ciertas y determinadas circunstancias que configuran el ilícito por el que se le encausa, es decir, *se trata de verificar la ocurrencia de hechos que en su conjunto conduzcan a establecer el conocimiento y no la voluntad o aspecto subjetivo*" [énfasis añadido]. Cabe señalar que la propia Corte Suprema, en una antigua sentencia parecía referirse, sin mayor profundidad técnica, al dolo como conocimiento al afirmar: "[...] ha existido dolo por parte del procesado, porque existió un acto consciente de su parte, ejecutado con un medio idóneo para producir el resultado final: al golpear el ojo de la víctima (que en definitiva perdió la visión del mismo) con un objeto contundente, el reo estuvo en situación de conocer el efecto de su acción. Adviértase que la idoneidad del medio es la que ha dado al reo la conciencia de su virtud causal con respecto al resultado, y de allí surge la afirmación de dolo" (Contra CGMM, 1962, cit. por ETCHEBERRY (1987), tomo I, p. 234).

273 HRUSCHKA (2009), pp. 195 y ss.

274 HERNÁNDEZ (2011a), p. 79. Aparte de Hruschka, entre los autores que en los últimos años han sostenido esta tendencia de "objetivar" (normativizar) el dolo, pudieran

dolo supondría una estandarización de conocimientos que evita el análisis de lo que realmente el autor conocía y perseguía[275]. Esta corriente pudiera ser la respuesta a los problemas probatorios del dolo, así como representar la argumentación coherente que explique el llamado dolo eventual[276].

La relevancia de la distinción entre una concepción adscriptiva (normativa) del dolo y una psicológica se evidencia claramente en los diferentes resultados prácticos que conlleva la aplicación de una u otra[277]. Así, en el siguiente caso emblemático de la jurisprudencia chilena la solución varia-

citarse, por todos, a Puppe (2019), pp. 120 y ss., especialmente 129 y ss.; Pawlik (2012), pp. 387 y ss.; (2016), pp. 142 y ss.; Pérez Barberá (2011), pp. 639 y ss.). También en la ciencia penal alemana, Kindhäuser; sin embargo, este no sostiene una visión exclusivamente normativa del dolo que prescinda totalmente del conocimiento fáctico y actual del autor (*vid.* 2008, pp. 18 y ss.; 2012a, pp. 13 y ss.). En Chile, sostienen una visión imputativa (adscriptiva) del dolo, por ejemplo, Hasbún (2019), pp. 25 y ss.; Mañalich (2019b), pp. 303 y ss. ("adscripción de una determinada creencia predictiva", aunque pareciera no dejar de concebir el dolo como un estado mental –con detalle, pp. 304 y ss.–); (2020a), p. 15; Oxman (2019), pp. 462 y ss. Van Weezel entiende el dolo como un deber de evitar, además de rechazar su configuración "psicológico-naturalista" (2008, pp. 43; 50 y ss.). No obstante, afirma que tanto al autor doloso como culposo se le reprocha la no evitabilidad del tipo individualmente, no según un hombre medio (pp. 39 y ss.). En otro lugar, afirma Van Weezel: "[…] para hablar de dolo se debe poder imputar al sujeto ni más ni menos que la realización de un juicio práctico válido y serio conforme al cual tal conducta singular –la que él decide desplegar– es apta para producir ciertos y significativos efectos […] lo que se reprocha al autor doloso es precisamente *haberse decidido* a favor de la ejecución de la conducta que a su juicio es idónea, junto a otros factores, para realizar el tipo. Esta decisión, el correspondiente juicio práctico y su realización en el hecho, son indisolubles" (2021, p. 197). Críticos de una acepción normativa del dolo, por todos, Ortiz (2013), pp. 384 y ss. –conclusiones–; Manrique (2013), pp. 409 y ss.; Modolell (2017a), pp. 280 y ss.

275 Modolell (2017a), p. 278. En esta línea, Ossandón (2008), pp. 74 y ss. Sostiene que el conocimiento en el dolo debe ser actual, por todos, Garrido Montt (2005), p. 99.

276 Modolell (2017a), p. 278.

277 Modolell (2017a), p. 279. Al respecto, *vid.* Demetrio (2013), pp. 247 y ss. Considera "inconducente" la discusión sobre si el dolo es un hecho psíquico o el resultado de una adscripción según las circunstancias del hecho, Van Weezel (2021), pp. 205 y ss.: "[…] que el dolo no sea un estado mental no significa necesariamente que su contenido de representación deje de ser referencial. Una cosa es discutir cuál es el objeto de referencia del dolo y otra es transformar al dolo mismo en objeto de referencia" (p. 206).

ría en sus consecuencias y fundamentos, según se entienda el dolo psicológica o "normativamente"[278]:

> "[…] encontrándose el menor […], de siete meses de edad, al cuidado de los encargados de una sala cuna, uno de los guardadores, ante el insistente llanto que mantenía el lactante […], y a fin de poner término a dicho llanto, procedió a cubrir la boca de éste con una cinta adhesiva, sobre la cual escribió la frase 'soy un llorón', exhibiendo a continuación la criatura a dos auxiliares de párvulo presentes en la sala, burlándose de su llanto […] la parvularia que se encontraba atendiendo al menor, sin retirar de la boca de éste la cinta adhesiva referida, procedió a acostarlo en una cuna, donde fue mantenido hasta alrededor de las 16.00 horas, momento en que las auxiliares de párvulos se percataron que se encontraba inconsciente…el lactante fue llevado a la posta […] donde fue recibido […] agónico, por la médico de turno, quien constató que la criatura no respiraba espontáneamente, que carecía de pulsos palpables […] el fallecimiento del menor en referencia ocurrió a consecuencia de una asfixia por sofocación provocada por la obstrucción de sus vías respiratorias a consecuencia de habérsele tapado su boca con una cinta adhesiva"[279].

Del relato de los hechos, pareciera que los intervinientes no se representaron la posibilidad de que el niño muriera ni el evidente riesgo realizado[280]. En efecto, escribir la frase "soy un llorón" en la cinta adhesiva pudiera reflejar más bien una especie de *animus iocandi* de los parvularios[281]. Por otra parte, la decisión de llevar a la criatura al centro asistencial podría conducir a la conclusión de que nunca persiguieron ni aceptaron la muerte del infante[282]. Si en este caso se exige el llamado dolo psicológico, el cual, a su vez, requiere el conocimiento (actual) del riesgo creado, su concurrencia no parece incuestionable[283]; incluso, suponiendo que dicha representación del peligro existió, tampoco queda clara la aceptación de la muerte por parte de los cuidadores. En cambio, de aplicarse al caso la tesis adscriptiva

278 Modolell (2017a), p. 279.

279 Corte Suprema, sentencia de 2 de julio de 2009, Rol Nº 3970-2008. Al respecto, *vid.* Krauze (2015), pp. 105 y ss.

280 Modolell (2017a), p. 279.

281 Ídem.

282 Modolell (2017a), pp. 279 y ss.

283 Modolell (2017a), p. 280.

para la determinación del dolo, habría que aceptar su concurrencia, por el alto riesgo de muerte producido por la conducta[284]. En efecto, una *persona media* dedicada al cuidado de niños de tan corta edad *debió* representarse que ese actuar muy posiblemente acarrearía graves consecuencias para la salud o la vida. Por lo tanto, *debía abstenerse* de una conducta semejante: el dolo se afirma mediante la comparación de la acción del sujeto concreto con la de un cuidador ideal[285].

Sobre esta última forma de entender el dolo, cabe cuestionar la necesidad de su total normativización, es decir, de concebirlo como un elemento a atribuir a través de determinados estándares de conducta, especialmente si se parte de una previa e importante normativización del tipo penal con la imputación objetiva[286].

Dicho de otra manera, ¿para qué normativizar el dolo si ya se hizo de forma suficiente en el ámbito objetivo del tipo? Por otro lado, la mencionada estandarización para atribuir elementos del tipo penal pareciera ser un método ajeno a una entidad, en principio subjetiva, como el dolo[287]. Hablar de un tipo "subjetivo" que no aluda precisamente a las circunstancias concretas internas del sujeto activo del delito, a lo que él conoce o persigue, no deja de lucir extravagante incluso desde un punto de vista semántico[288]. Así, al consultar la definición de la palabra "subjetivo" en el *Diccionario de la lengua española*, se expresa:

> "1. adj. Perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo. 2. adj. Perteneciente o relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo".

Como se aprecia de lo anterior, dicho vocablo se refiere a algo interno del sujeto, opuesto al mundo externo (a lo objetivado). Además, pareciera que lo interno, lo subjetivo, sería inescindible de las concretas circunstancias del sujeto: lo *objetivo* es de naturaleza general, mientras que lo *subjetivo* es particular[289].

284 Idem.

285 Ídem.

286 Idem.

287 Idem.

288 Ídem.

289 Ídem.

En consecuencia, podría decirse que el aspecto "subjetivo" del tipo se refiere a circunstancias internas propias del sujeto individual, de manera que el dolo constituye una *relación particular* entre el autor (o partícipe) y el hecho previamente imputado de forma objetiva[290]. Resulta obvia una posible estandarización de criterios para la *prueba del dolo*[291], aunque ello no forme parte de su propia definición si se quiere mantener una distinción objetivo-subjetiva en el tipo penal[292]. En efecto, esta distinción implica la dicotomía entre un primer nivel de estandarización (determinación de la conducta prohibida y posible imputación de la lesión o peligro, *según lo exigible a un sujeto medio situado en la posición del autor o partícipe*), y un segundo nivel de *relación concreta-individual* entre el autor (o partícipe) y su hecho[293]. Según ello, al no existir esta relación *particular* entre el interviniente y su hecho (dolo), surge la posibilidad de que se realice un tipo culposo, en caso de estar tipificado[294]. Como se verá en el capítulo VI, la imputación del tipo culposo se realiza mediante criterios exclusivamente objetivos, donde el posible vínculo concreto existente en ella, la llamada "culpa consciente", es relevante únicamente para diferenciarlo precisamente del dolo[295]. En suma, podría afirmarse que un dolo definido mediante criterios estandarizados conlleva erigir como modelo ideal de la teoría del delito, su forma imprudente (relación *plus-minus* entre el dolo y la culpa), pasando por alto que el legislador ha concebido los delitos culposos como una tipificación excepcional del hecho punible[296].

290 Modolell (2017a), p. 280. Resalta la importancia de lo particular (lo individualizador-subjetivo) para la responsabilidad penal, con base en Aristóteles, Matus (2022), especialmente pp. 259 y ss.

291 Sobre ello, *vid.* Londoño (2020), pp. 422 y ss.

292 Modolell (2017a), p. 281.

293 Ídem.

294 Ídem.

295 Ídem.

296 Modolell (2017a), p. 281. Resulta gráfica la siguiente expresión de Ragués sobre el dolo eventual: "[…] ¿y si la solución al problema estuviera en acabar con la clásica distinción entre dolo y culpa?" (2012, p. 11). Obviamente, la eliminación de la distinción favorecería a la culpa: la configuración de la total tipicidad penal se afirmaría mediante los baremos (objetivos) propios de la imputación del delito imprudente, aunque la pena prevista sea la de un delito doloso (Modolell (2017a), p. 281, nota 25). Pareciera concebir el dolo como una relación concreta, precisamente para distinguirlo de la culpa, Londoño (2020), p. 433.

El Código Penal chileno expresa, en su artículo 2°, que las "acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete". Ciertamente, el Código Penal equipara el dolo a la "malicia"[297], término este último que el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua (RAE) define en su primera acepción como "Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo"[298]. Por lo tanto, el dolo (malicia) es sinónimo de intención[299], la cual a su vez implica *querer* realizar el hecho delictivo[300]. Por otra parte, el uso del referido término obliga a preguntarse si la ley entiende el dolo como "dolo malo", es decir, como un elemento de la culpabilidad. En mi opinión, el término se traduce únicamente en *querer* realizar el hecho delictivo.

Igualmente, el artículo 4° del Código Penal establece que la "división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos, que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código". De modo que la ley penal chilena contempla el dolo como exigencia general de todos los hechos punibles; de allí que la culpa deba ser requerida expresamente por el legislador para su punibilidad. No es necesario que cada tipo penal concreto haga referencia al dolo del autor, como sí deberá hacerlo, para su castigo, en el caso de los tipos culposos.

Aunque me referí al tratar el tema relativo a la conducta humana, cabe recordar que el Código Penal, en el inciso segundo del artículo 1° establece una presunción de voluntariedad que en modo alguno debe entenderse como alusión al dolo del autor[301].

297 Para Cousiño, el uso del término "malicia" en el Código Penal no se opone a la inclusión del dolo en el tipo (1975, p. 774). En contra de equiparar el dolo a la malicia, Garrido Montt (2005), pp. 106 y ss.

298 Pareciera entender la palabra "malicia" como sinónimo de "intención". Labatut (1972), p. 165.

299 Que el dolo es intención (y voluntad) lo acepta la Corte Suprema en una antigua sentencia del año 1953, al afirmar que el dolo "[...] 'es la voluntad del agente de cometer un hecho, incriminado como delito, consciente de la relación de causalidad entre el obrar propio y el resultado': en otras palabras, agrega el fallo, como lo define nuestra legislación civil, 'la intención positiva de inferir daño a una persona o a sus bienes' [...]" (Etcheberry (1987), tomo I, p. 232).

300 Así, Cobo y Vives (1999), p. 631. En contra de entender la intención como querer, Garrido Montt (2005), p. 100: igualmente, pareciera distinguir el dolo "intencional" (¿dolo directo?) de los componentes "conocer" y "querer" del dolo, con referencia la jurisprudencia chilena, Izquierdo (2021), pp. 899 y ss. –especialmente 901 y ss.–.

2.4. Objeto del dolo

La pregunta sobre el ámbito del tipo objetivo que debe abarcar el dolo del autor solo tiene cabida dentro de una concepción psicológica del mismo. En este sentido, su elemento cognoscitivo debe referirse a todos los elementos del tipo penal, tanto a los de naturaleza descriptiva como a los de corte valorativo (normativo) previstos en el supuesto de hecho. Así, para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo (ajenidad de la cosa hurtada, carácter privado del documento falsificado, etc.), Mezger hace alusión a la *valoración paralela realizada en la esfera del profano*:

> "[...] es necesario, en orden a tal conocimiento de la significación, una valuación paralela del autor en la esfera del profano, o dicho más claramente: una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial"[302].

Basta con que el autor conozca la significación y función en la vida social de los hechos designados con tales conceptos normativos, en lo que se basa también su estimación jurídica por la ley[303], sin que sea necesario un exacto conocimiento de la valoración por parte del sujeto[304].

301 Así, Garrido Montt opina que dicha presunción en modo alguno se refiere al dolo, ya que lo contrario incluso sería inconstitucional (2005, pp. 107 y ss.). En todo caso, considera este autor que se presume el conocimiento de la antijuridicidad (p. 108; en igual sentido, Bustos y Caballero (2002), pp. 54 y ss., y p. 56). Consideran que se trata de una presunción de conocimiento de la antijuridicidad SCS de 4 de agosto de 1998 y 23 de marzo de 1999 –Rol N° 2133-1998– (cit. por Bustos y Caballero (2002), pp. 57 y ss.); de 10 de noviembre de 2003 (cit. por Vargas y Piña (2012), p. 2). Mucho antes, en sentencia de 1937, la Corte Suprema sostuvo que el término voluntad del artículo 1° alude al dolo: "[...] es correcto afirmar que el elemento 'voluntariedad' dentro del art. 1° del Código Penal comprende la libertad, la inteligencia y la intención" (cit. por Etcheberry (1987), tomo I, p. 239); igualmente, sentencia del año 1939: "[...] para que se repute voluntaria una acción punible deben concurrir tres elementos: inteligencia, libertad e intencion" (p. 239).

302 Mezger (1946), tomo II, pp. 148 y ss.

303 Welzel (1993), p. 91.

304 No obstante, según Gómez Benítez, el conocimiento del tipo objetivo implica ya una actitud valorativa del autor, en el sentido de que este conoce la "lesión de un interés"

Adicionalmente, el autor debe *querer* la conducta realizada, y *querer* (o aceptar) las posibles lesiones o peligros que se deriven para los bienes jurídicos protegidos, exigidas por el tipo penal y distintas a la propia conducta del autor[305]. En este sentido, el resultado (modificación del mundo exterior, espacio-temporalmente separada de la conducta) solo puede "quererse", ya que se trata de un hecho por ocurrir, constituyendo el auténtico fin perseguido (querido) por el autor[306].

2.5. Clases de dolo

Si se entiende el dolo desde un punto de vista psicológico cuyo contenido comprende el conocimiento y la voluntad sobre los elementos típicos, puede distinguirse entre el *dolo directo*, el *dolo indirecto* (o de *consecuencias necesarias*) y el llamado *dolo eventual*.

a) Dolo directo: se traduce en la intención del autor de realizar directamente el hecho. Ejemplo: A apunta al cuerpo de B y dispara causándole la muerte;

b) Dolo indirecto (de segundo grado o de consecuencias necesarias): se caracteriza porque el autor no persigue la realización directa del

que lo vincula, o no, a la necesidad de realizar el tipo, conocimiento valorativo característico de la malicia. Sin embargo, añade, lo anterior no equivale al conocimiento de la antijuridicidad (1992, pp. 205 y ss.).

305 En igual sentido, la Corte Suprema, en fallo contra F (1962; *RDJ* XLIX, 4-314), "establece que si el acto del reo fue voluntario y hubo intención de herir, no es atendible la alegación del reo de que el dolo no se extiende a las consecuencias de la herida (infección, peritonitis y muerte de la víctima), que no era mortal, pues una herida de las características y naturaleza de la inferida hace necesariamente previsible la posibilidad del resultado muerte, como una consecuencia regular del acto. El dolo no puede considerarse circunscrito al acto mismo, sino a las consecuencias previsibles que de él derivaron, como la infección y peritonitis, que tuvieron por causa o condición la herida. El dolo inicial, agrega el fallo, imputable al reo, comprende las consecuencias previsibles que el hecho podía causar..." (Etcheberry (1987), tomo I, p. 235).

306 Cabe señalar que el artículo 2º del Código Penal alude a que el "dolo o malicia" tiene por objeto "la acción u omisión", por lo tanto, pareciera que la "intención" debe referirse a la conducta, mas no necesariamente al resultado material (si este es requerido por el tipo penal). En suma, al menos desde el ángulo literal del derecho positivo chileno, pudiera sostenerse que la intención (querer) se refiere únicamente al comportamiento, a la conducta activa u omisiva.

hecho; sin embargo, el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, que conforma ese hecho no buscado directamente, se encuentra indisolublemente unido al bien jurídico que se busca lesionar primeramente (fin principal), o poner en peligro, de allí que para lograr afectar este último interés tenga *necesariamente* que afectar a aquel. Así, el caso del sujeto que para matar al tirano dictador coloca una bomba en el vehículo a sabiendas de que la explosión también acabará con las vidas del guardaespaldas y del chofer[307]. Las muertes de estas últimas personas no son perseguidas directamente por el autor; sin embargo, para lograr el fin principal (la muerte del tirano), *necesariamente* debe perpetrar y aceptar las de ellas;

c) Dolo eventual: antes de definir esta especie de dolo, debe aclararse que el calificativo de "eventual" le viene dado de que el hecho representado *no necesariamente* va a ocurrir, por lo tanto, *lo eventual no es el dolo, sino el suceso abarcado por el mismo*.

En cuanto a la definición del *dolo eventual*, ella varía según la teoría acogida. Desde una concepción psicológica del dolo, podemos citar dos: la *teoría del consentimiento* y la *teoría de la representación*. Ambas se diferencian, a su vez, en la forma de concebir el *contenido* del dolo. Así, la *teoría del consentimiento* se caracteriza por exigir el elemento "voluntad", el "querer". De manera que existirá dolo eventual cuando el agente se representa el posible hecho típico y *acepta* de antemano su ocurrencia (aunque pueda que no necesariamente suceda)[308]. La determinación de esta especie de dolo se basa en una decisión previa del sujeto, enunciada en la siguiente fórmula hipotética de Von Hippel:

307 Jiménez de Asúa (1980), p. 366.

308 En este caso, la aceptación del hecho se traduce en el "querer". Sobre la definición y evolución de esta teoría, *vid.* Ragués (1999), pp. 60 y ss. Pareciera sostener esta teoría sobre el dolo eventual la SCS de 12 de julio de 2007 (causa Nº 2426/2007, Resolución Nº 17341, v/lex), aludiendo al "consentimiento" y "aprobación" del resultado ("se conforma con"). También a favor de dicha teoría, SCS de 7 de agosto de 2008, Rol Nº 1405-2008 (cit. por Bullemore (2011), p. 495). Al respecto, sostiene Ossandón que "la exigencia relativa a que se haya consentido, aceptado, contado con o, simplemente, que se haya tenido una actitud de indiferencia frente a la producción del resultado, no parece añadir psicológicamente nada, al menos en cuanto no sería necesario constatar una reacción especial frente a la representación del hecho" (2022, p. 548).

"¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado [...] existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente"[309].

Por lo tanto, habrá dolo si el agente continúa actuando aun ante la hipótesis de darse el hecho eventual. Por el contrario, si el sujeto concluye que ante la posibilidad de una eventual situación peligrosa cesaría inmediatamente su actuar, existiría culpa con representación de ocurrir efectivamente el resultado.

Como puede apreciarse, esta teoría parte del supuesto de que el dolo implica "querer", contiene el elemento volitivo además del conocimiento del riesgo ("conocer" y "querer" como elementos del dolo). Esa característica ha sido calificada por la doctrina bajo la frase "desprecio hacia el bien jurídico", en el sentido de que ante el hipotético riesgo de realización del resultado el autor no hace algo por evitarlo ("no le importa lo que pueda pasar")[310]. Se le critica a esta teoría que pudiera acarrear una conclusión injusta, ya que si la probabilidad del peligro es mínima pero el sujeto acepta que ocurra existiría dolo eventual[311]. En cambio, si el hecho es extremadamente peligroso pero el autor lo lleva a cabo con la convicción de que si sucede algo indeseado él lo evitaría, aunque después efectivamente no pueda hacerlo, la lesión o el peligro ocurrido se le imputaría a título de culpa con representación[312].

Por su parte, la *teoría de la probabilidad* (o de la representación) sostiene que el dolo eventual no depende de "aceptar" o "querer" el hecho, sino de la representación del alto grado de probabilidad de su realización, a pesar de la cual el autor sigue actuando. Así, habrá

309 GIMBERNAT (1990a), p. 246. Como bien afirma este autor, la teoría del consentimiento requiere la "aprobación", la "aceptación", "querer" el resultado. Esta teoría "va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido" (p. 251). Critica Gimbernat que en este planteamiento se exija la prueba de un hecho que no se ha dado en la realidad: "[...] no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido" (p. 252).

310 En este sentido, por todos, WELZEL (1993), p. 82; GÓMEZ BENITEZ (1992), p. 211. Acepta esta teoría, aunque con algunos matices, ZAFFARONI (2002), pp. 524 y ss.

311 MIR PUIG (2015), p. 273 –92–.

312 Idem.

dolo eventual en caso de que el autor "cuente con" la producción o concurrencia del elemento del tipo, cuando ello le parezca "probable"[313]. De manera que esta teoría supone la no exigencia del elemento voluntad (querer) como requisito del dolo[314]. Precisamente, por ello los partidarios de la teoría de que el dolo se agota en el conocimiento comulgan con esta definición de dolo eventual. Como consecuencia de lo anterior, la única forma culposa que se castigaría sería la llamada culpa inconsciente[315], ya que la culpa consciente necesariamente se calificaría como dolo en virtud de la representación del peligro.

Una posición crítica con relación al dolo eventual es la sostenida por BUSTOS RAMÍREZ, quien afirma que el dolo eventual "[...] sería aquel en que la realización perseguida lleva consigo un hecho típico *probable* con el cual se *cuenta* dentro de la realización llevada a cabo"[316]. No obstante, entiende esta figura subjetiva como una especie de "culpa con un elemento subjetivo del injusto [...] –contar con o decidirse por– (llamada dolo eventual), se equipara al dolo para los efectos de la pena en virtud de su mayor intensidad criminal, pero para establecer la diferencia se impone una atenuante"[317]. En efecto, para BUSTOS el llamado "dolo eventual" no constituye una forma de dolo, atribuyéndole a la doctrina dominante la confusión del

313 GIMBERNAT (1990a), p. 244. Según este autor, esta teoría no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la situación peligrosa: "Imaginemos a un delincuente que huye y que dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. Pues bien: la doctrina de la probabilidad se detiene en la situación peligrosa, se detiene en el momento en que el delincuente realiza el disparo, e investiga el grado de duda que el delincuente atribuía a la producción del resultado 'muerte'" (p. 251).

314 En tal sentido, sostiene igualmente Gimbernat que la teoría comentada tiene el inconveniente de prescindir de la *voluntad* del agente respecto al resultado, "a pesar de que el problema a decidir es el de si ha habido comportamiento *doloso*" (1990a, p. 254). No obstante, este autor sale al paso de esta última objeción fundamentando lo innecesario de exigir el elemento "voluntad" en el dolo (pp. 254 y ss.). Resalta que esta teoría "no confronta al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por criterio algo real: lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo" (p. 254).

315 GIMBERNAT (1990a), p. 254.

316 BUSTOS (1994b), p. 286.

317 BUSTOS (1994b), p. 291. Igualmente, BUSTOS (1987b), pp. 253 y ss.

elemento subjetivo agregado ("contar con", "decisión contra") con el proceso psicológico del dolo[318]. Según sostiene el autor, el dolo como querer estaría en relación con un proceso real de volición de un determinado suceso de la realidad; mientras que, en el dolo eventual, se sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético, "luego no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada"[319]. A esta opinión de BUSTOS se le podría objetar lo siguiente: en primer lugar, da por sentado que el dolo implica un elemento volitivo, lo cual no es algo indiscutido en la doctrina. Por otra parte, en algún momento parece confundir el elemento interno, la aceptación del hecho, con su eventualidad. Como dije antes, lo "eventual" sería el hecho; de allí que para la configuración de esta clase de dolo concurra un importante aspecto de naturaleza objetiva: el llamado dolo eventual se traduce en la forma de relacionar la probabilidad de ocurrencia de un hecho con el conocimiento (o voluntad) de producirlo.

En resumen, sobre el dolo eventual se puede señalar lo siguiente: este concepto parte de una cuestión objetiva, en el sentido de que para su existencia hay que determinar primeramente la probabilidad de realización de la lesión o peligro del bien jurídico, y, posteriormente, analizar el conocimiento (o aceptación) de los mismos. En efecto, hay un aspecto objetivo fundamental en el dolo eventual que se relaciona con la probabilidad de la lesión, la cual, precisamente por no ser de segura realización, el autor abandona al azar o a cualquier otra eventualidad. Así, si el autor apunta a la cabeza de la víctima a una distancia de medio metro, tendrá más probabilidad de acierto que si apunta desde 500 metros a una persona confundida en la muchedumbre. Por ello, la primera parte del análisis del dolo eventual se vincula a la probabilidad del daño. Mientras que el segundo aspecto del análisis se refiere a la representación o voluntad de causar tal daño.

318 BUSTOS (1987b), pp. 253 y ss.

319 BUSTOS (1987b), p. 238. Esta conclusión de Bustos es reflejo de la crítica realizada por Gimbernat a la llamada teoría del consentimiento, según la cual en el dolo eventual existe una confrontación con una hipótesis, con algo que efectivamente no ha ocurrido. Incluso, posteriormente Bustos y Hormázabal consideran el dolo eventual como una auténtica culpa con representación, que se asimila al dolo en la pena: así como en el derecho civil se asimila la culpa grave al dolo, también ocurre lo mismo con el dolo eventual (2006, pp. 314 y ss.).

Con relación a la legislación positiva chilena, cabe la pregunta sobre si se reconoce el dolo eventual. En efecto, como mencioné antes de pasada, el término "malicia" alude al querer como elemento fundamental del dolo, al menos en lo que se refiere a la conducta (acción u omisión). Ahora bien, ese término exige que el dolo incluya un elemento volitivo además del simple conocimiento del riesgo. Dicho término abarcaría todas las formas de dolo descritas, incluso la "aceptación" de las probables consecuencias de la conducta realizada. Por lo tanto, más que preguntarnos sobre si el dolo eventual está o no admitido por la legislación chilena, cuestión que parece obvia, la pregunta sería precisamente qué teoría sobre el dolo eventual le es aplicable. Al respecto, según expliqué, la palabra "malicia" implica que el dolo se configura mediante el "querer" y el "conocer", en consecuencia, el dolo eventual solo podrá concebirse mediante la llamada teoría del consentimiento. De allí que, según la legislación chilena, no basta que el autor se represente el riesgo de lesión o peligro, también debe aceptar el hipotético resultado dañoso.

d) Adenda (el llamado *dolus generalis*): se habla de esta categoría cuando el autor piensa haber realizado el hecho típico, aunque la consumación se produce por una acción posterior, en principio, no abarcada por el dolo del autor[320]. Por ejemplo, el autor que con intención de matar apuñala repetidamente a la víctima y luego, para deshacerse de la evidencia, arroja su cuerpo al mar en la creencia de que está muerta; pero posteriormente la autopsia revela que se encontró agua en los pulmones, de manera que la persona murió a causa de la inmersión[321]. Como puede apreciarse, cuando el sujeto activo logra matar a la víctima no tiene el dolo de hacerlo, pues la considera fallecida. Una primera solución posible sería imputarle un homicidio frustrado, correspondiente a la primera acción de herir seguidamente a la víctima, y el homicidio culposo (no existe dolo de matar) que tiene lugar cuando el autor se deshace de lo que cree es un cadáver. Otra respuesta sería afirmar que la acción posterior de lanzar el cuerpo al agua estaría abarcada por un dolo eventual de

320 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN (2015), p. 295.

321 WELZEL (1993), p. 89.

homicidio[322], aunque en este supuesto quedaría la duda de si se imputan dos delitos en concurso (un homicidio frustrado y otro consumado) o un solo tipo de homicidio doloso (eventual) consumado[323]. La duda sobre esta última solución estriba en que el dolo eventual requiere el conocimiento del riesgo, cuestión que no parece ocurrir en el ejemplo[324].

En definitiva, el dolo del autor debe referirse a los rasgos esenciales del hecho, y no a sus mínimos detalles[325]. Así, el caso citado por la doctrina del sujeto que intenta matar a la víctima mediante una herida de cuchillo, y muere por la infección contraída por la hoja oxidada del arma punzante. Aunque el autor no haya pensado en causar la muerte por la infección, sino por la herida del cuchillo, se considera que el dolo no debe abarcar estas accidentales "desviaciones" del curso causal.

3. Ausencia de dolo típico

3.1. Error de tipo

Como expresé anteriormente, el tipo penal contiene elementos normativos y descriptivos. En el caso de que el autor tenga una representación falsa

322 En este caso, la pregunta pertinente sería: ¿qué hubiese hecho el autor *ante la eventualidad* de saber que la víctima que arrojará al agua aún sigue viva? Seguramente la respuesta seria que la lanzaría igual.

323 Pareciera que son dos delitos, ya que parten de dos decisiones distintas, y hay dos cursos causales diferentes.

324 Expresa Welzel que cuando la voluntad se dirige a matar en forma encubierta, el hecho de ocultar la víctima es solo un acto parcial, no independiente de la acción en su conjunto; de allí que exista homicidio doloso consumado. En cambio, agrega, si la resolución de eliminar el cuerpo se adopta solo con posterioridad habría tentativa de homicidio en concurso real con el delito de homicidio culposo (1993, p. 89). Gómez Benítez parte de la existencia de un dolo general según el cual "[...] que el dolo inicial se traslade al segundo acto no resulta una ficción, porque se puede constatar que el segundo acto no es más que la confirmación de un dolo global" (1992, p. 234). Para Muñoz Conde y García Arán, en este caso el sujeto debe responder por "un solo delito consumado doloso", ya que el sujeto quería matar y lo ha conseguido (2015, p. 295).

325 Según Schroeder, objeto del dolo y de la imprudencia no es el curso causal en sus rasgos constitutivos (sustanciales), aunque sí la concreta aptitud de la acción para producir el resultado (1994, p. 25 –29–).

de cualquiera de dichos elementos, existirá un *error de tipo*[326], excluyéndose, por lo tanto, el dolo. Por su parte, como se verá en el capítulo XI sobre la culpabilidad, la doctrina penal distingue dicho error del llamado *error de prohibición*, el cual recae sobre el conocimiento de la norma, sobre el carácter prohibido del hecho. Se sustituye así la antigua distinción entre *error de hecho* y *error de derecho*. En efecto, si bien puede afirmarse con relación a los referidos elementos descriptivos que se requerirá en el autor un juicio "de hecho", y sobre los elementos normativos del tipo un juicio valorativo ("de derecho"), la ausencia de cualquiera de estos conocimientos debe tratarse sistemáticamente como un error sobre el tipo[327]. Por ejemplo, en el delito de homicidio (art. 391 Nº 2 del CP) se requiere que el autor sepa que dispara en contra de un *ser humano vivo* (elemento descriptivo del tipo), para privarlo precisamente de la vida. En cambio, en el tipo del artículo 197 del Código Penal se exige que el autor conozca que su acción de falsedad recae sobre un *instrumento privado* (elemento normativo), así como para la realización del tipo penal de hurto (art. 446 del CP) es necesario que el autor conozca el carácter *ajeno* (elemento normativo) del bien mueble sustraído.

El uso de la distinción "error de tipo-error de prohibición", o la de "error de hecho-error de derecho", no constituye un simple "problema terminológico" dadas las distintas consecuencias jurídicas que acarrea[328]. Según la primera distinción, el error sobre los elementos del tipo implica una falta de dolo, por lo tanto, una falta de tipo penal, mientras que el error de prohibición constituye una falta de conocimiento de la prohibición jurídica del hecho realizado, cuestión que la doctrina dominante trata como un problema relativo a la culpabilidad del autor[329]. Por su parte, de la antigua distinción "error de hecho-error de derecho" no pueden extraerse fácilmente las consecuen-

326 Bacigalupo asemeja la "falsa representación" a la ausencia de representación: "[E]l error de tipo importa una *representación falsa* en el autor sobre los elementos del tipo objetivo. A esta representación falsa es totalmente equiparable la *ignorancia* de elementos del tipo objetivo, es decir la falta de toda representación" (1988, p. 144). Esta afirmación conllevaría aceptar que en todo tipo culposo existe un error. Desde mi punto de vista, únicamente habría un error implícito en la llamada "culpa consciente o con representación". En efecto, el error implica una equivocación, lo cual solo puede darse cuando hay una falsa percepción.

327 *Vid.* Mir Puig (2015), p. 279 –109–. En general, sobre la terminología, *vid* Welzel (1993), pp. 197 y ss.; igualmente, del mismo autor (2001), pp. 178 y ss.

328 Modolell (2002b), p. 431.

329 Ídem.

cias dogmáticas de la concurrencia de una u otra clase de error[330]. Así, en los ejemplos mencionados, si el carácter ajeno de la cosa o la naturaleza privada del documento constituye un error de hecho, ¿debería entonces concluirse que falta el tipo penal? O bien, si se considera que dicho desconocimiento es un "error de derecho", ¿debería sostenerse la falta de culpabilidad o debe tratarse también como una ausencia del tipo penal? En suma, la distinción error de hecho-error de derecho no clarifica sus efectos sistemáticos, en el entendido de que no resulta equivalente afirmar la exclusión de la responsabilidad penal por falta de *tipo* que por ausencia de *culpabilidad*[331]. Por lo tanto, desde un punto de vista de la teoría del delito, evidentemente pareciera preferible el uso de la distinción "error de tipo-error de prohibición".

Cabe agregar que el dolo del autor debe extenderse a las circunstancias atenuantes y agravantes para que las mismas puedan ser apreciadas, razón por la cual a ellas se les aplican los principios generales en materia de error de tipo[332]. Esta conclusión se desprende del inciso tercero del artículo 1° del Código Penal, según el cual quien "cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen"; así, como de lo previsto en el inciso segundo del artículo 64 *ejusdem*, al expresar que las circunstancias atenuantes o agravantes "que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

A primera vista, pareciera que el error de tipo se refiere a un déficit de *conocimiento* de los elementos del tipo. Sin embargo, si se parte de que el dolo se configura por el conocimiento y la *voluntad* del autor, la diferencia entre lo que el autor quería y lo que efectivamente sucedió (problema sobre el elemento volitivo) también pudiera considerarse un error de tipo[333].

330 Ídem.

331 Ídem.

332 Así, Maqueda Abreu (1983), pp. 712 y ss.

333 Pareciera considerar que el error solo "afecta el elemento intelectual o cognitivo del dolo, que consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos

Además, aunque la presencia del dolo se analiza en el ámbito de la tipicidad, es de destacar que el conocimiento o el querer pueden verse afectados por una enfermedad mental. Así, el esquizofrénico que sufre de alucinaciones y debido a ello golpea al sujeto que camina a su lado porque cree que es su perseguidor, podría incurrir en un error de tipo, ya que equivocadamente cree que lo están asediando. En consecuencia, el estado mental de una persona, que en principio se aborda en el ámbito de la culpabilidad, podría influir en el dolo del autor[334].

3.2. Clases de error de tipo

Dentro del error de tipo se distinguen el *error vencible* y el *error invencible*. Según el primero, de haberse actuado con el cuidado debido, se hubiese podido evitar incurrir en error. Por ejemplo, el cazador que lleva varias horas buscando su presa de pronto observa que se mueven unos matorrales, en el preciso momento que escucha el sonido característico del animal que busca. Al disparar contra los arbustos, sin antes cerciorarse, resulta herida una persona que pasaba por allí. Con un poco más de precaución del cazador, la causación de esta lesión podría haber sido evitada.

Por su parte, el error invencible lo define tradicionalmente la doctrina como aquel que en modo alguno podía evitarse, incluso si el autor hubiese actuado cuidadosamente[335]. En mi opinión, la definición dominante del error de tipo invencible pudiera ser corregida, ya que si la equivocación es de tal naturaleza que cualquiera hubiese podido incurrir en ella, no se referirá, en consecuencia, al conocimiento concreto de la situación, es decir, al dolo. En este caso, la problemática a considerar sería de imputación objetiva, en el sentido de que una persona media situada en la posición del autor no hubiese podido escapar al error. Por lo tanto, el asunto tiene un carácter totalmente objetivo, en modo alguno subjetivo (concreto). Desde un punto de vista *ex ante*, el riesgo creado era totalmente imprevisible para cualquier persona media situada en la posición del autor. No obstante, el

objetivos del tipo", Bullemore (2011), p. 31; Bullemore y McKinnon (2022), p. 72. Similares, Cousiño (1975), p. 673; Garrido Montt (2005), pp. 120 y ss.

334 En este sentido, Zaffaroni (2002), pp. 535 y ss. Al respecto, pronunciándose favorablemente, *vid.* Artaza y Carnevali (2018), pp. 29 y ss.; 35 y ss.

335 Por todos, Mir Puig (2015), p. 279 –111–.

término "error invencible" pudiera quedar restringido a los casos en que el autor, *en su situación concreta*, no podía escapar al error. Es decir, sus propias circunstancias personales (*v. gr.*, una enfermedad mental o un impedimento físico como la ceguera) conllevan la imposibilidad de poder evitar la equivocación. Solo en este caso se debería hablar de un error de tipo invencible, en el entendido de que esta última característica se refiere únicamente al sujeto concreto: será invencible en su caso particular.

Sobre las consecuencias sistemáticas de la referida distinción, *el error vencible* excluye el dolo (no se configura el tipo doloso), pero mantiene la existencia de la culpa del autor. El autor realizaría un tipo culposo en caso de que el mismo haya sido tipificado por el legislador; en cambio, cuando el error es invencible, según las condiciones especiales del sujeto, la conducta quedará impune[336]. Lo anterior no es contradictorio con lo afirmado de que el dolo alude a una relación concreta, subjetiva, entre el interviniente en el delito y su hecho. En efecto, aunque el análisis del carácter vencible o invencible del error parta de la comparación del efectivo conocimiento del autor (o partícipe) con lo que debía saber un hombre medio, ello solo se hace para determinar la posible concurrencia de un tipo culposo subsidiario: la culpa ciertamente se fundamenta en la referencia a estándares normativos de comportamiento. En todo caso, la ausencia de dolo se deduce precisamente de que el conocimiento o la voluntad *particulares* no existen o son erróneas.

La doctrina distingue igualmente entre el *error de tipo esencial* y el *error de tipo accidental*. El primero se caracteriza porque recae sobre un elemento estructural –fundamental– del tipo penal, por lo tanto, excluye el dolo del autor. Así, quien dispara contra una persona creyendo que se trataba de un animal feroz solo podría responder, a lo sumo, por un tipo culposo. En cuanto al *error accidental*, el mismo recae sobre un elemento no esencial del tipo, en el sentido de que no implica la ausencia total del dolo, sino exclusivamente sobre un elemento marginal. El que dispara contra su padre confundiéndolo con el mejor amigo de este, a quien realmente perseguía matar, no comete el tipo de parricidio (art. 390 del CP), aunque sí el tipo básico de homicidio doloso (art. 391 Nº 2 del CP). El vínculo de parentesco no constituye un aspecto imprescindible para que se configure el homicidio ("matar a un ser humano").

336 Modolell (2002b), p. 432.

3.3. Modalidades adicionales de error

A) *Error sobre el objeto o en la persona*

En este caso, el autor se equivoca respecto del objeto material hacia el cual dirige su conducta, como sería confundir la identidad de la víctima con la de otra persona[337]. Por ejemplo, el sicario contratado para matar a un importante político yerra en la descripción y mata a una persona equivocada. En principio, tal error carece de relevancia, salvo que la acción recayere sobre una persona con tratamiento especial (*v. gr.*, un ascendiente), caso en el cual al autor no se le podría castigar por el tipo calificado que protege tal característica. Así, volviendo a un ejemplo ya citado, quien persigue dar muerte al mejor amigo de su padre y por error en la identidad de la persona da muerte a su progenitor, no responderá por el delito de parricidio, sino por un homicidio simple. En este supuesto se trataría de un error relevante. Ahora bien, en los casos donde el objeto o la persona no gozan de tratamiento especial tal error carecería de importancia[338].

B) *Error en el golpe (aberratio ictus)*[339]

Esta modalidad se caracteriza porque el autor dirige su conducta hacía un objeto determinado pero afecta uno distinto situado cerca de aquel. Así, A dispara con dolo homicida contra B, pero mata a C, quien se encontraba junto a B. El primer problema a dilucidar es si estamos realmente ante un supuesto de error, en los términos explicados anteriormente. El conocimiento de la situación por parte de A en este ejemplo es indudable, sin embargo, falla su aptitud en acertar el objetivo perseguido.

El tratamiento de la *aberratio ictus* como un caso de error depende del contenido del dolo. En efecto, si se considera que el dolo requiere, además del conocimiento del autor sobre los elementos del tipo, un componente

337 Así, Schreiber (1985), p. 873. Según Loewenheim, el error "in obiecto" consiste en que en el autor se confunde en la percepción del objeto de su acto. La característica de este error radica en que el autor alcanza el objetivo al cual ha dirigido su ataque, pero aquel no es el querido porque lo ha confundido con otro (1966, p. 311).

338 En general, se acepta la irrelevancia del error si los objetos son equivalentes (así, Welzel (1993), p. 90).

339 *Vid.*, al respecto, Silva Sánchez (2000a), pp. 41 y ss.

volitivo sobre ellos (el "querer"), debe admitirse que en la *aberratio ictus* nos encontramos ante una auténtica falta de dolo con relación al objeto realmente afectado, de allí su tratamiento como error. Esta pareciera ser la posición de la doctrina dominante al considerar el caso planteado como un concurso de tipo doloso con un tipo culposo. En cambio, si se acepta que el dolo se configura exclusivamente con el simple conocimiento de los elementos que configuran el tipo la *aberratio ictus,* no constituiría un problema de error, sino un mero caso de falta de pericia del autor; de allí la posibilidad de imputar a título doloso (¿eventual?) la conducta ejecutada sobre el objeto efectivamente lesionado[340].

La doctrina nacional ha discutido si la *aberratio ictus* se contempla en el inciso final del artículo 1° del Código Penal, según el cual quien "cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender". La mayoría se ha pronunciado por la negativa restringiendo esta disposición al caso de error sobre la persona visto anteriormente[341].

4. Elementos subjetivos distintos al dolo del autor

En determinados casos, el tipo penal exige para su configuración un elemento subjetivo adicional al dolo del autor, como sería un especial ánimo o un objetivo particular, que debe concurrir para la realización del tipo. En tal sentido, puede que el tipo requiera un especial fin que deba perseguir el autor, pero cuya efectiva consecución no es necesaria para la consumación del delito (elemento subjetivo de *tendencia interna trascen-*

340 Para Gómez Benítez, si los resultados son igualmente desvalorados, el sujeto debe responder solo por el delito consumado, como si lo hubiese realizado dolosamente, ya que el cambio en los objetos de la acción no produce alteración alguna (1992, p. 229). En parecido sentido, expresa Bacigalupo que la solución del caso de la *aberratio ictus* depende "de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del autor, con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia [...] para el dolo no se requiere la voluntad de matar a alguien, sino a *otro*, y esta voluntad existe también cuando el autor se representa seriamente la posibilidad del resultado de su acción" (1988, pp. 154 y ss.).

341 Hernández (2011a), pp. 61 y ss.

dente)[342]. Por ejemplo, en el tipo de secuestro del inciso tercero del artículo 141 del Código Penal se exige que el autor prive de su libertad a una persona *para* "obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones". Sin embargo, en modo alguno es necesario que el autor logre alguno de dichos fines, aunque uno de ellos deba estar presente cuando se ejecuta la conducta. La doctrina distingue si el referido resultado trascendente (en el ejemplo, la obtención del rescate, la exigencia o la decisión) debe darse por sí solo o si requiere la ejecución de un acto adicional por parte del autor[343]. En mi criterio, lo fundamental en esta clase de elementos subjetivos es que se trate de un fin cuya realización trascienda, exceda, a la consumación del tipo, independientemente de que ello dependa de una posterior conducta del autor o no.

Por otra parte, puede que el tipo penal para su configuración exija un especial ánimo, una especial actitud interna del autor, como el ánimo lascivo en los distintos tipos de abuso sexual (arts. 366 y ss. del CP) o el ánimo de lucro en delitos contra la propiedad (elementos subjetivos de *tendencia interna intensificada*)[344]. Normalmente, el legislador utiliza esta técnica para distinguir una conducta ofensiva de una irrelevante penalmente. Así, no es lo mismo el tocamiento que realiza el ginecólogo de los órganos sexuales de la niña con ánimo terapéutico o con ánimo libidinoso. Lo primero no es punible, a diferencia de la segunda conducta[345]. Según esto, si el tocamiento es inadecuado a los fines de la auscultación médica, pero el médico lo realizó sin ánimo libidinoso, por una simple torpeza, habrá que negar el tipo penal de abuso sexual.

342 Jescheck (1978), p. 437; Jescheck y Weigend (1996), p. 319.

343 Así, se distingue entre los llamados delitos de *resultado cortado*, en los cuales el fin ulterior ha de producirse por sí solo con posterioridad a la conducta del autor, y los delitos *mutilados de dos actos*, donde el resultado adicional no exigido por el tipo requiere un acto posterior del autor (Jescheck (1978), p. 437; Jescheck y Weigend (1996), p. 319).

344 "La característica de este grupo es que la acción se halla dominada por la dirección de la voluntad del autor, la cual le confiere su impronta particular o una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido" (Jescheck (1978), p. 437).

345 Dice Jiménez de Asúa, citando expresamente a M.E. Mayer, quien alude al ejemplo del Fausto: "No es indiferente que el joven médico siga las excitaciones de Mefistófeles y coja (a la mujer) 'en torno a la esbelta cadera para ver cuán firme apretada es', con la intención que el demonio supone o con la que él afirma tener [*sc*., intención terapéutica]; lo uno está prohibido, lo otro permitido" (1963, tomo III, p. 821).

Por último, en algunos casos el tipo penal exige para su consumación una discrepancia entre lo que se expresa y lo que se conoce (elementos subjetivos de *expresión*)[346]. Ejemplos de tipos penales con esta clase de elemento subjetivo serían el falso testimonio (art. 206 del CP), donde el autor declara ante el tribunal algo distinto de lo que efectivamente conoce, o la calumnia (art. 412 del CP), tipo en el cual se imputa a una persona "un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio". Sin la contradicción entre la verdad que conoce el autor y la falsedad de lo que declara o imputa no podrían configurarse los tipos señalados.

Los elementos subjetivos señalados no deben confundirse con el dolo del autor[347]. Así, en el tipo de secuestro señalado (art. 141 inciso tercero del CP), el autor conoce que la víctima goza de su libertad personal y tiene la intención de privarla de ella (dolo), y se da un elemento subjetivo adicional (obtener el rescate, la exigencia o decisión, a cambio de la libertad del secuestrado). Igualmente, en el tipo de falso testimonio, el autor sabe que está ante un tribunal y quiere declarar, todo lo cual constituye el dolo. Sin embargo, adicionalmente, declara algo distinto a lo que realmente conoce.

346 Jescheck (1978), p. 438: Jescheck y Weigend (1996), p. 320.

347 Aunque algún sector de la doctrina los llame "dolo específico".

CAPÍTULO V:
TIPO DOLOSO DE MERA ACTIVIDAD

1. Tipos de mera actividad (concepto)

Como mencioné en el capítulo III, el tipo de mera actividad es aquel cuya consumación solo exige la conducta del autor, sin necesidad de un hecho (suceso) espacio-temporalmente separado de la misma. Entre los ejemplos de esta clase de delitos se citan el allanamiento de morada (art. 144 del CP); el falso testimonio (art. 206 del CP); la bigamia (art. 382 del CP), etc., y todos los delitos donde se castiga la posesión ilícita de algún objeto (armas de fuego, drogas, explosivos, etc.). En ellos, expresé anteriormente, la conducta constituye el principio y el término de la realización típica, el punto final típico[348]. Esto también pudiera formularse de la siguiente manera: la conducta del autor será el objeto central de las valoraciones necesarias para determinar la configuración del tipo penal.

2. Tipo objetivo[349]

Circunscribir el tipo objetivo en los delitos de mera actividad a la sola ejecución material del hecho supondría admitir que únicamente los delitos de resultado ameritan un análisis valorativo y no así los de mera actividad, tratamiento desigual sin justificación alguna[350]. En efecto, así como en los delitos de resultado material no basta la causación de este para la adecuación típica, en los delitos de mera actividad tampoco es suficiente

---

348 Maurach y Zipf (1992), p. 286 –27–; (1994), p. 358 –27–; Graul (1991), p. 20.

349 En general, ver Modolell (2016), pp. 369 y ss. Ya antes, del mismo autor, (2005), pp. 230 y ss.

350 Modolell (2016), p. 369; Mir Puig (2015), p. 264 –64–.

la manifestación externa de la conducta para afirmar la configuración del tipo objetivo[351]. Por lo tanto, la concurrencia de la tipicidad objetiva en esta clase de delitos conlleva un análisis valorativo *equivalente* al de los delitos de resultado material[352].

Desde mi punto de vista, el referido análisis valorativo consiste en aplicar el baremo de la perspectiva *ex ante* a los tipos de mera actividad[353], el cual servirá: a) para atribuir los elementos objetivos del tipo (sean descriptivos o normativos) al autor; b) a fin de determinar, adicionalmente, si la conducta desde un punto de vista *ex ante* es apta para afectar valorativamente, no materialmente, el objeto del bien jurídico protegido (o representar un peligro estadístico para dicho objeto)[354]. La primera forma de aplicación podrá fusionarse con la segunda cuando la descripción del tipo penal incorpore un elemento referido al objeto del bien jurídico protegido[355].

Para argumentar lo anterior resulta pertinente aludir al pensamiento de Frisch en torno al dolo[356]. Según este autor, la conducta prohibida presupuesta en algunos delitos se fundamenta en la "posibilidad de existencia de determinadas circunstancias" exigidas por la figura legal[357], "posibilidad" de naturaleza objetiva determinada de conformidad al "óptimo juicio según la situación" tomando en cuenta el saber "ontológico" y "nomológico" del autor[358]. Aunque dicho autor se refiere al dolo, el método a seguir para

351 Modolell (2016), p. 369.

352 Ídem. Como afirma Hernández, actualmente "el interés parece haberse desplazado desde la conexión entre conducta y resultado hacia los presupuestos de la tipicidad de la conducta en cuanto tal, con independencia de su posible conexión con un resultado, con lo cual la imputación objetiva pasa a ser una doctrina pertinente para todo tipo de delitos" (2011a, p. 50). Sostienen desde hace algún tiempo la ampliación de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad con base en el carácter peligroso de la conducta, por todos, Triffterer (1994), pp. 139 y ss. –81 y ss.–; similar, Torio Lopez (1986), pp. 42 y ss.; (1987), p. 384 (sobre el detalle de estas opiniones, *vid.* Modolell, 2005, pp. 238 y ss.). En Chile, por todos, Mañalich (2004a), pp. 393 y ss.

353 Modolell (2016), p. 370.

354 Ídem.

355 Ídem.

356 Ídem. Modolell (2005), pp. 237 y ss.

357 Frisch (1983), p. 356.

358 Frisch (1983), p. 359.

determinar el tipo objetivo en esta clase de delitos sería similar al mencionado. Adaptando a la legislación chilena un ejemplo del propio Frisch, la configuración del delito de violación impropia (art. 362 del CP)[359] requiere que el autor cuente con que la víctima, según un punto de vista *ex ante* (modo de comportarse, aspecto, etc.), sea menor de catorce años[360]. En mi opinión, el hecho de que la concurrencia de los elementos del tipo, en este caso la edad, se realice desde la óptica de una persona media situada en la posición del autor (juicio *ex ante*), evidencia la naturaleza objetiva del análisis y, por lo tanto, su uso a nivel del tipo objetivo.

Otro ejemplo[361]: posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, el marido obtuvo una declaración judicial de muerte de su esposa desaparecida a los fines de contraer segundas nupcias. No obstante, el esposo contaba con la posibilidad de que aquella aún viviera[362], circunstancia esta última que se comprobó tiempo después de que aquel contrajere el segundo matrimonio, lo cual conduce a plantear la posible concurrencia del tipo de bigamia (tipo de mera actividad)[363]. El análisis del aspecto objetivo del tipo comenzaría por determinar si, desde un punto de vista *ex ante*, la vigencia del primer matrimonio era posible, para lo cual se atiende a si un observador objetivo debería contar con que la declaración judicial de defunción se basa en hechos verosímiles en torno a la muerte de la primera esposa[364]. En tal sentido, si esa declaración judicial ha sido correctamente emitida, no debería ser puesta en duda o, mejor dicho, debería tenerse como cierta hasta prueba en contrario, ya que se basa en un dato real: la desaparición de la primera esposa durante la guerra[365]. Si se determina *ex post* que la primera mujer aún vivía cuando el esposo contrajo el segundo

359 Dice ese artículo: "El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en sus grados medio a máximo, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior".

360 Modolell (2016), p. 370; (2005), pp. 237 y ss.

361 Transcrito en Modolell (2016), pp. 379 y ss.; (2005), pp. 243 y ss.

362 Hasta este punto, relato basado en un caso del Tribunal Supremo alemán (*vid.* BGH 4, 6).

363 Modolell (2016), pp. 379 y ss.; (2005), p. 243.

364 Modolell (2016), p. 380; (2005), p. 243.

365 Ídem.

matrimonio, como ocurre en el caso expuesto, dicha conducta no estaría prohibida[366].

Ahora bien, en este ejemplo hubo un dato de importancia: al momento de contraer el segundo matrimonio, el marido contaba con la posibilidad cierta de que su primera cónyuge aún estuviera viva[367]. Al igual que lo estudiado en la imputación objetiva del tipo doloso de resultado material, aquella circunstancia constituye un "conocimiento especial del autor"[368]. Atendiendo al criterio de atribución *ex ante*, deben distinguirse los grados del referido conocimiento. Si, al margen de la declaración judicial, le consta realmente al esposo que su primera mujer aún vivía en el momento de las segundas nupcias, o su conocimiento es bastante probable que coincida con la realidad, deberá entonces afirmarse el tipo objetivo de bigamia[369]. Por el contrario, si el marido tiene una simple sospecha, la cual desde un punto de vista *ex ante* no conduciría a un "observador objetivo" colocado en la posición del autor a concluir racionalmente que la primera esposa todavía vivía, no concurriría el tipo objetivo[370].

Al caso señalado se le pudiera agregar una variante: supóngase que el marido actúa convencido de que su primera cónyuge aún vive, circunstancia que *ex ante* no es determinable racionalmente por un observador objetivo o es de una muy escasa probabilidad[371]. En el supuesto de que el

366 Ídem.

367 Ídem.

368 Modolell (2016), p. 380; (2005), p. 244.

369 Ídem.

370 Modolell (2016), p. 383; (2005), p. 244. En la jurisprudencia española se aprecia un caso similar: "El procesado contrae segundas nupcias permaneciendo subsistente el vínculo anterior. Afirma haberlo hecho en la creencia de que su primera esposa había fallecido. El error se debió, según su alegación, a la existencia de un certificado de defunción en el que el nombre y apellidos del difunto se correspondían con los de su cónyuge. Convencido sin más de la muerte de ésta, no adoptó ulteriores medidas para cerciorarse" (sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de junio de 1976, cit. por Silva *et al.* (1997), p. 140). En este supuesto, la pregunta para determinar el carácter objetivamente típico de la conducta sería: ¿debe un sujeto medio dar por disuelto su vínculo matrimonial previo únicamente con el certificado de defunción de su primera esposa? Desde mi punto de vista, si el nombre completo, la fecha y lugar de nacimiento, más algún otro dato del documento coinciden con los de su anterior mujer, cabría negar entonces la imputación objetiva. Cualquier persona habría llegado a la misma conclusión.

371 Modolell (2016), p. 383; (2005), p. 244.

esposo contraiga el segundo matrimonio con el convencimiento anterior, en modo alguno podría imputársele la lesión del bien jurídico, ya que la subsistencia del vínculo matrimonial previo solo ocurre "en su mente"[372]. Se trataría de una tentativa inidónea no punible; en cambio, si *ex ante* (para un observador objetivo) era de una alta probabilidad que la creencia del autor coincidiera con la realidad, aun cuando después esta idea se desvirtuara por la efectiva muerte de la primera mujer para el momento de la celebración del segundo matrimonio, habría que afirmar la concurrencia de una tentativa inidónea punible[373]. En esta última hipótesis podría hablarse de una conducta típica (prohibida) determinada *ex ante*: según un observador objetivo situado en la posición del autor, es verosímil que la primera esposa aún viva, aunque luego se desvirtúe tal hecho y, por lo tanto, no exista la lesión del bien jurídico[374]. Este ejemplo evidencia la importancia del juicio *ex post* también en los tipos de mera actividad, al menos para diferenciar entre el tipo consumado y uno en grado de tentativa, así como dentro de este último entre una tentativa inidónea no punible y una punible[375].

También el examen del tipo objetivo en un delito de mera actividad puede referirse directamente al bien jurídico que protege. Así, una persona divulga por internet material pornográfico con imágenes de niños, conducta que pudiera encuadrar en el artículo 374 bis del Código Penal[376]. No obstante, al examinarse dicho material, se comprueba que las fotos son una creación artificial, por lo tanto, nunca participaron niños en ellas[377]. En este supuesto, el examen del tipo objetivo se centrará en el interés protegido

372 Modolell (2005), p. 244.

373 Modolell (2016), p. 383; (2005), pp. 244 y ss.

374 Modolell (2016), p. 383; (2005), p. 245.

375 Ídem.

376 "El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio".

377 Modolell (2016), p. 385.

por la norma penal, por lo tanto, deberá analizarse si las fotos desde un punto de vista *ex ante* parecieran realizadas con la participación de niños, supuesto en el cual se imputaría el hecho[378]. A su vez, si desde esa misma perspectiva *ex ante* se concluye que las fotos son un burdo fotomontaje, que no conduce a equívocos, no se configuraría peligro alguno para el bien jurídico[379].

Otro ejemplo: A realiza en su morada una venta abierta al público, situación que B aprovecha para entrar al sitio y hurtar uno de los bienes exhibidos[380]. ¿Se configura el tipo de violación de morada, delito de mera actividad previsto en el inciso primero del artículo 144 del Código Penal[381], por la entrada a la vivienda y la posterior permanencia en ella para realizar el hurto mencionado? El hecho de que A realice la venta abierta al público conduciría a concluir, desde una perspectiva *ex ante*, que se permitía la entrada a dicha vivienda: un observador objetivo situado en la posición del autor daría por posible que la entrada a la casa estaba permitida[382]. Cabría entonces concluir que, al dejar abierta la morada para recibir potenciales compradores, se debe contar con que no solo personas con buenas intenciones podrían entrar en ella[383]. Por lo tanto, se le debe imputar a la víctima la facilitación materialización de dicho riesgo y negarse la concurrencia del tipo objetivo de violación de domicilio[384].

Una vez concluido este doble juicio, antes descrito, puede establecerse el carácter prohibido de la conducta y la configuración del tipo objetivo[385].

---

378 Modolell (2016), pp. 385 y ss.

379 Modolell (2016), p. 386.

380 Ídem.

381 "El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

382 Modolell (2016), p. 386.

383 Ídem.

384 Ídem.

385 La Corte Suprema ha aplicado el juicio de imputación objetiva a las modalidades de tráfico, promoción y facilitación de drogas (supuestos de mera actividad), haciendo referencia al posible riesgo para la vida o salud de la persona (causa Nº 1131/2009 (casación), Resolución Nº 3.079, Sala Segunda Penal, de 19 de enero de 2011).

3. Tipo subjetivo

En este ámbito del delito de mera actividad, a diferencia de lo mencionado sobre el tipo objetivo, el análisis no se refiere a aquello que el autor "debía tener consideración al momento del actuar". Por el contrario, al igual que en el delito de resultado material, el dolo se traduce en el conocimiento y voluntad, *actuales* y *concretos*, del autor con relación a los elementos del tipo (elementos descriptivos y normativos). Incluso, el dolo se extenderá hasta la propia lesión o peligro para el bien jurídico. Así, el autor de la violación de morada debe *conocer* tanto la ajenidad de esta como que su dueño no le ha permitido el ingreso a ella. Adicionalmente, el autor debe *querer* entrar a la casa.

CAPÍTULO VI:
TIPO CULPOSO DE ACCIÓN DE RESULTADO MATERIAL. PRETERINTENCIÓN Y DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

1. Introducción

El tipo culposo[386] de acción y resultado material se caracteriza porque al autor cuya conducta infringe la norma de cuidado se le imputa objetivamente un resultado típico[387].

El artículo 2° del Código Penal chileno establece la distinción entre los delitos dolosos y culposos (cuasidelitos), siendo punibles estos últimos únicamente cuando expresamente lo establezca la ley penal (sistema de *numerus clausus*)[388]. En efecto, el artículo 4° del Código Penal dispone que los tipos culposos se "penan en los casos especiales que determina este Código", y el artículo 10 N° 13 exime de responsabilidad penal a quien "cometiere un cuasidelito, *salvo en los casos expresamente penados por la ley*" [énfasis añadido][389].

386 Sobre la evolución de esta denominación, *vid.* Luzón Peña (1996), pp. 491 y ss.

387 Un sector doctrinal considera que los delitos culposos son tipos abiertos en los cuales la conducta típica debe ser completada por el juez, concretamente la norma de cuidado que debe ser infringida para que exista un tipo culposo y de la cual dependerá la concreta acción realizada (Zaffaroni (1997), pp. 428 y ss.; 2002, pp. 549 y ss.; en igual sentido, Muñoz Conde y García Arán (2015), p. 304; Schöne (1996), p. 32. En Chile, así, por ejemplo, Cousiño (1975), p. 555).

388 Por todos, Hernández (2011c), p. 281. Bustos y Hormazábal sostienen que la intervención punitiva solo se justifica para las formas más graves de imprudencia (2006, p. 297). Sobre el alcance dogmático del sistema del *numerus clausus, vid.* Silva Sánchez (1997), pp. 86 y ss.

389 Para Bustos y Caballero, la distinción que hace el referido artículo 2° del Código Penal conduce a concluir que "en Chile desde la dictación del Código Penal los delitos sólo pueden ser dolosos o culposos" (2002, p. 60). Como consecuencia, añaden dichos autores, que "el delito preterintencional y la responsabilidad objetiva nunca han tenido existencia de acuerdo al sistema recogido por nuestro Código Penal" (p. 60),

2. Fundamento y evolución dogmática de la culpa

El concepto clásico del delito partía de una concepción psicológica de culpabilidad que a su vez fundamentaba la culpa en la previsibilidad[390]. Sin embargo, ese concepto "psicológico" de culpa no permitía explicar satisfactoriamente la llamada culpa inconsciente, que posibilita el castigo del hecho aun cuando este no haya sido previsto por el autor[391]: un sujeto conduce su vehículo a exceso de velocidad mientras le cuenta a su acompañante la discusión que recién acaba de tener con su jefe en la empresa, cuando atropella a un peatón que atravesaba correctamente la calle y al cual no había visto por estar concentrado en relatar su desagradable experiencia. En este caso, el conductor en absoluto toma en cuenta la posibilidad de atropellar al peatón, por lo tanto, no existe vínculo psicológico entre el autor y el resultado producido. No obstante, se configura el tipo penal culposo en razón, como veremos *infra*, de que el sujeto no se comportó de la manera esperada.

El concepto "psicológico" de culpa fue desplazado por uno de naturaleza normativa, gracias especialmente a la formulación de Engisch, quien la fundamentó en la infracción de la norma de cuidado[392]. Consecuentemente,

---

conclusión que puede matizarse respecto del delito preterintencional si se acepta que el mismo constituye una mixtura de dolo y culpa. Los propios autores reconocen la necesidad de los elementos de la culpa en el resultado mayor, además de considerar que la preterintención, en general, configura un concurso ideal de delitos (pp. 61 y ss.).

390 Se trata de un "concepto psicológico de la culpa" cuyo contenido se podía materializar de dos maneras: según la primera, en el delito culposo existía la voluntad de realizar la acción, pero no el resultado ("voluntad de peligro"); para una segunda, el vínculo psicológico de la culpa radica en la exigencia de la previsión o conciencia de realizar el resultado, o en su previsibilidad (Luzón Peña (2016), p. 279 –6 y 7–). Considera la previsibilidad esencia de la culpa (para ser exactos, la previsión y la previsibilidad). Bettiol (1977), p. 129. Igualmente, pareciera sostener una visión psicológica de la culpa aunque matizada, Etcheberry (1998), tomo I, p. 314. La jurisprudencia tradicional ha hecho alusión reiteradamente a la previsibilidad como elemento de la culpa (así, sentencias de la Corte Suprema de 1957, 1964 y 1965, cit. por Etcheberry (1987), tomo I, pp. 258 y ss.; igualmente, sentencia de la Corte Suprema de 14 de marzo de 2000, cit. por Matus (2015), pp. 15 y ss.).

391 Al respecto, Corcoy (2019), p. 20.

392 Welzel (1993), p. 154. *Vid.* Engisch (1995), pp. 239 y ss. En Chile, fundamentan la culpa en la infracción al deber de cuidado, por todos, Cousiño (1975), pp. 553 y ss.; 814 y ss.; Garrido Montt (2005), pp. 213 y ss. Igualmente, sostiene la Corte

el siguiente paso fue concluir que era en el ámbito del tipo penal donde se determina el carácter culposo de la conducta[393].

Para el finalismo, la estructura de la culpa constituyó un fuerte escollo al concepto de acción final. Así, Welzel criticando su propia concepción original sobre el delito culposo, adoptó posteriormente una versión en la cual, junto a la acción final efectiva, se ubica una "acción en sentido amplio" conformada por la "evitabilidad mediante un actuar final"[394]. Igualmente, reafirmó que el elemento esencial del hecho culposo radica en el desvalor de acción[395]. Según Welzel, el tipo culposo se refiere, más que al objetivo, a la clase de ejecución de la acción final vinculada a consecuencias intolerables que el autor confía en que no se producirán o ni siquiera se plantea su realización, ejecuciones de la acción ("procesos de dirección") que lesionan el cuidado requerido para evitar tales consecuencias[396]. Este cuidado requerido se basa en la imagen del hombre "inteligente"[397], y su infracción en el caso concreto se determina mediante la comparación del acto efectivamente realizado con tal modelo[398].

Suprema: "[...] la Teoría de la Culpa está cimentada en dos pilares básicos, a saber, el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador y la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles" (sentencia de 15 de septiembre de 2008, Rol Nº 7070-2007, cit. por Vargas (2011), p. 112). Novoa Monreal fundamenta la culpa tanto en la previsibilidad del resultado como en la infracción del deber de cuidado (1985, tomo I, pp. 563 y ss.; 575 y ss.); similar, Rettig (2019), p. 682. Por su parte, pareciera fundamentar el deber de cuidado en la previsibilidad, Balmaceda (2016), pp. 171 y ss.

393 Roxin y Greco (2020), pp. 1184 y ss. –3 y ss.–; Roxin (1997), pp. 997 y ss. –3 y ss.–.

394 Welzel (1993), p. 155.

395 Welzel (1993), p. 154.

396 Welzel (1993), pp. 155 y ss. En sentido similar, Zaffaroni (1997), p. 430. Sobre la concepción del delito culposo en el finalismo, *vid.* Bustos (1994b), p. 356; (1995), pp. 25 y ss. Decía Cury en la décima edición de su *Derecho Penal*, que obra "culposamente quien omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de resultados indeseables" (2011, p. 331). No obstante, en la última edición hay un cambio significativo en la definición del delito culposo (*vid.* 2020, p. 462).

397 Welzel (1993), p. 159.

398 Welzel (1993), p. 161.

Obviamente, se dificulta entender que una acción concebida en los términos señalados tenga carácter "ontológico" en el sentido del finalismo welzeliano, ya que, al aludirse a los "procesos de dirección que lesionan el cuidado requerido", resulta evidente que se trata de un concepto de contenido normativo-valorativo[399], muy distante de lo que WELZEL consideró "realidades previas" que el derecho debería reconocer[400].

Un sector de la doctrina trata de mantener "la finalidad jurídicamente desaprobada" como pilar fundamental tanto del injusto doloso como del culposo, aunque renunciando a extenderla hasta el resultado típico. Así, se arguye que en el tipo culposo el objeto de referencia de la finalidad "es un hecho-disvalor situado en la esfera previa a la producción del resultado típico (síndrome del riesgo); su elaboración (tarea axiológica de la formación del tipo), una vez producido el resultado, solo es necesaria como medida del tipo subjetivo (contrariedad a cuidado)"[401].

399 El propio Welzel sostiene que el concepto de cuidado requerido tiene naturaleza objetivo-normativa (1993, p. 158).

400 Esta crítica vale también con relación a uno de los representantes del finalismo ortodoxo que opina: "En el delito culposo se presupone, sin duda, una acción final. El hombre que conduce un automóvil y causa en forma no dolosa la muerte de otro realiza una acción final: conducir un automóvil. En esta actividad final el fin (ir a un lugar determinado) es jurídicamente irrelevante. No es jurídicamente irrelevante, en cambio, como Welzel ahora dice, el medio utilizado o la forma de su utilización. En el ejemplo citado, el medio (uso del vehículo) es jurídicamente irrelevante, pero la forma de su utilización puede adquirir relevancia jurídica, si el autor, por ejemplo, conduce a una velocidad excesiva. No puede afirmarse más, [...] que en el delito culposo la acción final, en sus elementos *ontológicos*, sea jurídicamente irrelevante. El medio utilizado o la forma de su utilización son jurídicamente relevantes. Por la misma razón no es posible afirmar ya que todo lo que tiene relevancia para el Derecho queda fuera de la acción final" (CEREZO MIR (1982a), pp. 19 y ss.). Al respecto, cabe decir que la relevancia del medio empleado no se determina por su carácter final, sino por su comparación con una conducta ideal, la del "hombre inteligente" (así, STRATENWERTH (1982), p. 323 –1093–; STRATENWERTH y KUHLEN (2011), p. 371 –12–). Por lo tanto, es dudoso concluir que la relevancia jurídica del tipo culposo derive del carácter ontológico de alguno de sus presupuestos o elementos.

401 STRUENSEE (1987), pp. 448 y ss. "Decisivo (en el sentido estricto de la palabra) es el tipo subjetivo del delito imprudente como relación entre la finalidad y una parte, normativamente elegida, de un círculo mínimo de condiciones del resultado, también para la atribución objetiva: más precisamente: la atribución de circunstancias objetivas, es decir, del resultado *(Erfolg)* como resultado *(Resultat)* de factores intermedios conscientes. Se trata de la atribución de lo objetivo al tipo subjetivo de congruencia" (p. 449).

Por su parte, ofrece ROXIN una distinta fundamentación del tipo culposo mediante la crítica a la "infracción al deber de cuidado" de ENGISCH. En tal sentido, plantea que en la culpa se reprocha la creación de un peligro que se realiza en un resultado típico, no amparado por el riesgo permitido aunque abarcado por el fin de protección de la norma[402]. De manera que, para ROXIN la aludida infracción al deber de cuidado se confunde con los criterios de imputación, de allí que constatar la realización de un tipo culposo no precisaría de baremos que se extiendan más allá de la propia teoría de la imputación objetiva[403].

En mi opinión, la infracción del deber de cuidado y algunos criterios de imputación objetiva mantienen una relativa independencia[404]. Dicha infracción apunta al llamado desvalor de conducta, en virtud del cual se determinará si el comportamiento del autor contradice una norma que se deriva de un determinado "ámbito de relación" en el cual se encuentra aquel. Por ejemplo, para poder realizar un homicidio culposo, el autor debe formar parte de una determinada relación del riesgo, como sería manejar un vehículo, intervenir quirúrgicamente a una persona, manipular un arma de fuego, etc.[405]. En el tipo culposo se exige la infracción de un deber ob-

402 ROXIN y GRECO (2020), p. 1187 –12–; ROXIN (1997), p. 1000 –12–; (1992), pp. 91 y ss.

403 ROXIN y GRECO (2020), pp. 1187 y ss. –12 y ss.–; ROXIN (1997), pp. 1000 y ss. –12 y ss.–. En sentido similar, considera Bacigalupo que "el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación" (1997, p. 246). Al respecto, sostiene Jakobs que, si bien no existe un deber especial de cuidado, no toda previsibilidad de una consecuencia constituye una forma de imprudencia jurídico-penalmente relevante, sino que deben tenerse en cuenta las limitaciones del tipo objetivo derivadas de la imputación objetiva; por lo tanto "penalmente relevante es sólo la *previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable*" (1995, pp. 384 y ss. –7–; 1993, p. 319 –7–). Sin embargo, añade, el riesgo permitido no limita el concepto de imprudencia, sino solo su relevancia jurídica (1995, p. 385 –7–; 1993, p. 319 –7–).

404 Igualmente, distingue entre un nivel relativo a la infracción del deber de cuidado y otro vinculado a la imputación objetiva, CORCOY (2019), pp. 67 y ss.; 124 y ss.; 279 y ss.

405 En esta línea, afirman Bustos y Caballero: "En el delito culposo no hay una abstención o acción clara y determinadamente exigida, sino tan sólo pautas de comportamiento que conllevan modos o formas de relacionarse con actividades inherentemente riesgosas que implican hacer aquello que la norma prohíbe o no hacer aquello que la norma ordena. Se trata que la realización de ciertas actividades se lleva a cabo de acuerdo a

jetivo calificado que obliga al autor a obrar prudentemente, no un simple deber genérico[406]. En este sentido, algunos criterios tradicionales de imputación objetiva se confundirían con la infracción del deber de cuidado (*v. gr.*, la ausencia de un riesgo jurídicamente relevante). No obstante, habrá criterios de imputación vinculados al resultado que se aplican independientemente de que el autor infrinja el deber de cuidado, como es el caso del sujeto que conduce a exceso de velocidad y atropella a un suicida que se lanza al vehículo. En este ejemplo se infringe un deber de cuidado, pero no se imputa el resultado de muerte.

3. Estructura del tipo culposo

3.1. Tipo objetivo

Dentro del tipo objetivo del delito culposo podemos distinguir nítidamente el desvalor de acción del desvalor de resultado. En cuanto al primero, el autor debe infringir la especial norma de cuidado derivada del ámbito de relación. Por su parte, para el desvalor de resultado se exige la causación de un resultado material (modificación del mundo exterior separado de la propia conducta), y que el mismo se impute objetivamente a la conducta infractora del deber. Por lo tanto, se requiere el análisis en orden lógico de los siguientes elementos constitutivos del tipo objetivo: a) conducta infractora del *especial* deber de cuidado; b) relación de causalidad entre la conducta y el resultado material; c) imputación objetiva del resultado a la conducta infractora del deber objetivo de cuidado[407].

formas específicas y parámetros normativos prefijados a objeto de minimizar los riesgos que pueden surgir a partir del desarrollo de las mismas" (2002, p. 60).

406 Señala Bustos que el tipo culposo plantea una exigencia mayor, ya que la persona no solo no debe matar, además debe *tener cuidado de no matar* (1994b, p. 362).

407 Un sector de la doctrina penal considera que los delitos doloso y culposo tienen en común su aspecto (tipo) objetivo. Se trataría entonces de una relación *plus-minus* entre ambas modalidades. Así, Puppe (2019), pp. 98 y ss. –1 y ss.–; Pawlik (2016), pp. 139 y ss.; en Chile, sostiene la mencionada comunidad del aspecto objetivo, por todos, Mañalich (2015), pp. 16 y ss. En contra de una simple diferencia cuantitativa entre el dolo y la culpa, Cousiño (1975), pp. 817 y 871 y ss. El vínculo *plus-minus* entre el dolo y la culpa conllevaría concluir que en todo tipo doloso se encuentra implícitamente la culpa, incluso conduce a concebir el delito culposo como el paradigma lógico de la teoría del delito. Sin un estudio más profundo, a la anterior opinión podría

a) La infracción objetiva de un especial deber de cuidado deriva de la concreta relación de riesgo en que se encuentra el autor[408], lo cual constituye el primer requisito del injusto típico en los delitos culposos. La ley penal chilena no se vale de fórmula específica alguna para referirse a la tipificación culposa (cuasidelito)[409], no obstante las modalidades de infracción al deber de cuidado se traducen en actuaciones de carácter negligente, imprudente e imperita[410].

Al respecto, existen actividades peligrosas que no se pueden llevar a cabo sin un conocimiento técnico previo, sin un conocimiento mínimo de la actividad especial a realizar. La infracción de este deber se denomina *impericia*[411]. Por su parte, hay actividades riesgosas que requieren del autor, además de poseer los conocimientos para

objetársele que el tipo culposo en Chile, como en la mayoría de las legislaciones de derecho continental, constituye una figura excepcional de allí lo contradictorio de considerarla el prototipo del delito. Incluso, pudiera afirmarse que se trata de una anomalía punitiva en el sentido de que su entrada al derecho penal no se condice con la imagen tradicional del crimen, correspondiente al sujeto que intencionalmente ejecuta un acto lesivo. Por otra parte, aun aceptándose que los tipos doloso y culposo tienen en común el aspecto objetivo, la culpa no sería un *minus* respecto a aquel. En todo caso es un tipo defectuoso, deficitario, ya que carece de un elemento característico del delito: el dolo. Dicho de otra manera, el tipo culposo constituye un delito sin dolo que, precisamente por esto último, se castiga excepcionalmente.

408 Corcoy se refiere a la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes para determinar la infracción de la norma de cuidado (2019, pp. 68, 97 y ss.); similar, Perin (2020a), pp. 252 y ss., y 255 y ss. Al respecto, sostiene Reyes: "En definitiva, la manera en que determinamos cuándo un sujeto se ha comportado de forma imprudente tiene que realizarse mediante un estándar objetivo que exija de manera equivalente a quienes tengan la misma capacidad y actúen en un mismo contexto" (2015a, p. 63); semejante, Mañalich (2015), pp. 22 y ss.

409 Sostiene Hernández que el delito culposo se desprende de la ley, sin que al tipificarse deban emplearse "ciertas expresiones sacramentales con tal efecto" (2011c, p. 282). Según Garrido Montt, el Código Penal en sus artículos 490 y siguientes distingue, según la intensidad de la infracción al deber de cuidado, entre "imprudencia temeraria", "negligencia culpable" y "mera imprudencia o negligencia con infracción del reglamento" (2005, pp. 223 y ss.).

410 Así, Bullemore y Mackinnon (2022), pp. 91 y ss. El Código Civil utiliza los términos "imprudencia" y "negligencia" cuando se refiere a los cuasidelitos (arts. 2314 y ss.). Sobre la relatividad de la distinción entre las mencionadas modalidades, con especial referencia a la impericia, Perin (2018), pp. 884 y ss.

411 Mir Puig (2015), p. 300 –30–.

realizarlos, la verificación previa a su ejecución de condiciones que permitirán el control del riesgo[412]. La infracción de este deber se denomina *negligencia*. Por último, existen actividades arriesgadas que exigen en todo caso una forma de actuación prudente[413]. La infracción a este deber se denomina *imprudencia*[414].

El Código Penal, además de aludir a la imprudencia y negligencia, se refiere también a la inobservancia de los reglamentos. Desde mi punto de vista, cuando se trata de actos administrativos generales emanados del poder ejecutivo cuyo fin es la regulación de determinada actividad riesgosa, su sola infracción no acarrea automáticamente la culpa[415]. En este supuesto, el reglamento podrá ser la fuente de la cual se deriva el especial deber de cuidado[416]. Ello, a su vez, conduce a preguntar sobre el valor de las reglas extraestatales que emanan

412 Mir Puig (2015), p. 300–32–.

413 Mir Puig (2015), p. 300–33–.

414 Sobre estos conceptos en el Código Penal, *vid.* Reyes (2016), pp. 260 y ss. En la décima edición de su *Derecho penal*, Cury considera inútil la distinción entre imprudencia y negligencia (2011, p. 345). No obstante, esta afirmación se matiza en la última edición (2020, p. 479).

415 En este sentido, refiriéndose a las normas del tráfico, Roxin (1992), pp. 94 y ss., aunque para dicho autor, en general, la infracción a la norma que persigue impedir la producción del resultado basta para la producción del peligro (p. 96). Igualmente, consideran Bustos y Hormazábal que la sola infracción reglamentaria no implica la realización del tipo culposo, ya que debe establecerse si realmente la persona no aplicó el cuidado exigido: "La reglamentación sólo contiene un llamado de atención sobre una medida de precaución de carácter general, pero que puede ser sustituida por otra precaución de eficacia equivalente" (2006, p. 306. También, Bustos (1994b), p. 366; 1995, p. 54). Opinan que la violación de los reglamentos constituye un indicio de la infracción del deber de cuidado, por todos, Zaffaroni (1997), p. 431; De la Cuesta Aguado (1997), p. 179; Reyes (2016), p. 254.

416 Etcheberry cita abundante jurisprudencia de la Corte Suprema, en la cual se distingue entre la infracción de reglamentos y la imprudencia o negligencia (1987, tomo I, pp. 260 y ss.). Igualmente, diferencia entre la infracción de la diligencia debida y la de los reglamentos, Cury (2020), p. 474. No obstante, afirma Etcheberry: "[…] cuando cierta actividad se encuentra legalmente *reglamentada*, el deber de cuidado, que es general y amplio, aparece en estos casos *precisado* a través de ciertas obligaciones de prudencia que especifican los reglamentos. Si tales reglamentos no son observados, ello significa que se ha faltado al deber de diligencia en la forma en que concretamente lo imponía la ley en esas circunstancias, lo que es de la esencia de la culpa […]" (1998, tomo I, pp. 320 y ss.).

de colectivos particulares (asociaciones profesionales, federaciones deportivas, etc.), las cuales contemplan indicaciones técnicas sobre una determinada actividad (reglas del deporte, protocolos médicos, etc.)[417]. Un sector cuestiona el carácter vinculante de dichas reglas para determinar el riesgo permitido, entre otras razones, por emanar de entes privados carentes de la objetividad propia del legislador, por ser errónea *ab initio*, estar superada por la evolución técnica, etc.[418]. La infracción de una norma semejante sería, a lo sumo, un indicio para determinar la conducta culposa[419].

Al respecto, considero que el Estado puede dejar un amplio margen a la regulación autónoma de una actividad social al reconocerla[420]. La autorregulación normativa sería parte de la libertad de actuación de los particulares; de allí la aceptación, en principio, del valor jurídico de tal reglamentación[421]. No obstante, el Estado puede exigir un *plus* para la relevancia *penal* de la infracción de dichas reglas extraestatales, en atención a los fines que persigue como ente principal de control social[422]. En conclusión, al igual que en el caso de los reglamentos emanados de la Administración Pública, la simple infracción de la regla extraestatal no implica *ipso jure* una imputación

417 Distinguen entre la infracción del deber de cuidado y la vulneración de normas técnicas, Mayer y Vera (2015), pp. 154 y ss. Desde mi punto de vista, como expliqué antes, la distinción fundamental se presenta más bien entre la infracción del deber (que puede traducirse en una norma técnica) y la imputación objetiva del resultado.

418 Roxin y Greco (2020), pp. 1189 y ss. –19–; Roxin (1997), p. 1003 –19–.

419 Roxin y Greco (2020), pp. 1189 y ss. –19–; Roxin (1997), p. 1003 –19–. Similar, Jakobs (1993), p. 205 –44–; (1995), p. 249 –44–.

420 Modolell (2021a), p. 416.

421 Ídem. Afirma Raz que es propio de los sistemas jurídicos apoyar otras formas de agrupamiento social: "Los sistemas jurídicos logran esto haciendo respetar e imponiendo el cumplimiento [*upholding and enforcing*] de contratos, acuerdos, reglas y costumbres de individuos y asociaciones, e imponiendo el cumplimiento, mediante sus reglas de conflicto de normas, de disposiciones jurídicas de otros países, etc." (1991, p. 177). Según dicho autor, ello sería ejemplo del carácter abierto que le atribuye al derecho, el cual puede adoptar normas ajenas al Estado (al respecto, pp. 177 y ss.). Por su parte, para Contreras, el valor de las reglas extrajurídicas en el ámbito penal depende de la ponderación entre la libertad de la actividad y la restricción de la misma como medio de evitación de daños (2018b, pp. 405 y ss.).

422 Modolell (2021a), p. 416.

de los resultados[423] ni la presencia de una conducta culposa, aunque sería el punto de inicio para su determinación[424].

Igualmente, debe plantearse la cuestión de la *caducidad fáctica del reglamento* del cual deriva el referido deber de cuidado. Piénsese en el caso de un reglamento de tránsito aprobado hace mucho tiempo atrás pero aún vigente, que establezca un límite de velocidad de conducción de 80 kilómetros por hora en una gran autopista, norma cuyo cumplimiento ni las propias autoridades exigen. Incluso, podría darse el caso de que en dichas autopistas, de hecho, los vehículos circulen a una velocidad promedio de entre 100 y 120 kilómetros por hora. De manera que, al verificarse el desfase entre el reglamento vigente y la actividad de conducción, surge la duda sobre cuál de los dos baremos debería ser el determinante de la posible atribución del resultado al autor. La solución a este problema ilustra la distinción entre la infracción al deber de cuidado y la imputación objetiva del resultado. En efecto, el análisis del criterio de imputación objetiva "ausencia de un riesgo típicamente relevante", y concretamente de la llamada "tolerancia social del riesgo", podría llevar a concluir que la relevancia penal de la infracción del deber jurídico formal se descarta en razón de que la propia sociedad tolera esas leves infracciones, o mejor dicho, la dinámica social ha dejado en desuso el reglamento, al punto que las autoridades no exigen el cumplimiento de la norma. En el ejemplo referido, al conductor que va por la autopista a 100 kilómetros por hora y colisiona con otro vehículo causándole heridas al chofer, no necesariamente se le imputarán esas lesiones, aunque formalmente infrinja el reglamento de tránsito. En este supuesto, habría que determinar la velocidad prudente de conducción *según la propia actividad y los usos de la vía pública*.

Lo anterior nos lleva a plantear también la situación contraria: ¿bastaría el cumplimiento de la regla extraestatal para descartar la presencia de una infracción jurídico-penalmente relevante?[425]. Por ejemplo, un empresario cumple un caduco reglamento sobre emi-

423 Así, Contreras (2018b), pp. 406 y ss.

424 Modolell (2021a), p. 416.

425 Se pronuncian negativamente, por todos, Roxin y Greco (2020), pp. 1189 y ss. –19–; Roxin (1997), p. 1003 –19–; Corcoy (2019), pp. 83 y ss.; 201 y ss. Por su parte,

sión de gases tóxicos dictado por el ministerio respectivo, pero igual crea un riesgo típico medioambiental. Considero que si la norma extrapenal desfasada proviene del Estado su cumplimiento excluye el injusto penal, salvo que el destinatario tenga un especial conocimiento del carácter ineficiente de la norma. En efecto, el peso de los errores normativos del Estado no puede recaer en el ciudadano obediente. El asunto es mayormente relevante si la norma acatada proviene de un ente de naturaleza privada (*v. gr.*, un reglamento deportivo).

En cuanto a la relevancia jurídico-penal del cumplimiento de la norma extraestatal, considero que dependerá del ámbito concreto en el cual se desarrolla la actividad. Por ejemplo, en el deporte la observancia de las reglas extraestatales que controlan los riesgos en la actividad impide la atribución de resultados causados al deportista, el derecho penal no podría exigir una adicional obligación a la derivada de la referida regulación so pena de paralizar la libertad del atleta y la propia competición[426]. Las normas del deporte creadas para la sanción y evitación de daños constituyen normas institucionales aceptadas tanto por los participantes como por el Estado que no prohíbe la actividad deportiva[427]. Además, a diferencia de otras reglas extraestatales, las normas deportivas no pueden quedar desfasadas por el desarrollo de la técnica en razón de que provienen de la entidad privada organizadora de la competencia[428]. Incluso, el incumplimiento de las mismas acarrea una sanción, su acatamiento se refuerza con una consecuencia perjudicial a la desobediencia del deportista[429]. En cambio, si se trata de un área especialmente regulada y protegida por el Estado, por ejemplo, el medioambiente, pudiera aceptarse que el solo acatamiento de la regulación privada no excluye la valoración del juez penal para determinar si se creó un riesgo prohibido. Es decir, la mera obediencia de la regla extraesta-

sostiene Reyes que el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en los reglamentos excluye la falta de cuidado (2016, pp. 255 y ss.).

426 Modolell (2021a), p. 417.

427 Modolell (2021a), pp. 417 y ss.

428 Modolell (2021a), p. 418.

429 Ídem.

tal no impediría que el juzgador haga una valoración adicional a los fines de determinar la configuración del injusto penal.

Por último, en general, el deber de cuidado se traduce en un estándar de conducta. No se refiere a la actitud subjetiva y personal del autor con relación a ese deber, sino a un juicio *ex ante* según una persona media[430]. No obstante, para determinar su *infracción* se tendrá en cuenta cómo un sujeto medio debió haber actuado según el concreto ámbito de relación[431]. Además, se considerarán los conocimientos (o habilidades) especiales del autor[432], aunque se discute la inclusión de dichos conocimientos (o habilidades) especiales cuando son superiores al promedio[433].

b) El segundo elemento del tipo objetivo será la relación de causalidad entre la conducta infractora del deber de cuidado y el resultado material producido. Para determinar esa relación, remito a lo desarrollado anteriormente sobre la causalidad en el tipo doloso de resultado material (Capítulo IV).

c) El tercer requisito para la configuración del tipo culposo se traduce en la aplicación de los criterios de imputación objetiva relacionados directamente con el resultado causado. Se trata de los criterios de *aumento de riesgo permitido*, *prohibición de regreso* y *conducta de la propia víctima*, que podrían impedir la atribución del resultado a la conducta del autor aunque este haya infringido el respectivo deber de cuidado. Por ejemplo: A conduce su vehículo a velocidad excesiva por una carretera. En una curva, un suicida se abalanza contra el

430 En este sentido, Luzón (2016), pp. 283 y ss. –24 y ss.–.

431 Por ejemplo, para Rosas, la determinación de la infracción del deber de cuidado en el ámbito médico debe considerar la *lex artis ad hoc*, es decir, tanto las reglas técnicas aceptadas por la comunidad científica como las circunstancias concretas en que actúa el profesional de la medicina (2011, pp. 14 y ss.).

432 Así, Luzón (2016), pp. 284 y ss. –29–; Bustos y Hormazabal (2006), p. 173; Mir Puig (1994b), pp. 78 y ss.; Corcoy (2019), pp. 103 y ss., 110 y ss., y 122. En Chile, por todos, Garrido Montt (2005), p. 216; Van Weezel (1999), pp. 333 y ss.; Rosas (2011), p. 10; Reyes (2015a), pp. 83 y ss.; Mañalich (2015), pp. 22 y ss., 32 y ss.

433 Sostiene Luzón Peña la no exigencia de las *capacidades* especiales y superiores del autor (pericia, habilidad, etc.) para el referido juicio, distinguiendo entre *conocimiento* especial y *capacidad* especial (2016, p. 285 –30–). En contra, Mir Puig (1994b), pp. 78 y ss.: similar, Bustos y Hormazabal (2006), p. 304.

auto de A, muriendo de inmediato a causa del arrollamiento. En este caso, A infringe un deber de cuidado (conducir a exceso de velocidad) y causa el resultado (la muerte del suicida), pero este no se le imputará por concurrir la conducta de la propia víctima que rompe la relación de imputación.

Igual sucede con el criterio de prohibición de regreso: A hiere accidentalmente, aunque muy gravemente a B, quien es operado de urgencia en el hospital. El médico tratante deja material quirúrgico dentro del cuerpo de B, lo cual provoca una infección y consecuente muerte. En el ejemplo, A solo responderá por lesiones culposas (aunque la herida ocasionada haya sido mortal) y no por la muerte de B, imputada objetivamente al médico negligente.

Es de resaltar que respecto a los tipos culposos de resultado material, la doctrina discute desde antiguo si el resultado constituye un aspecto fundamental del injusto típico o un simple elemento accesorio de la infracción del deber de cuidado. Esta última opinión la sostiene el finalismo ortodoxo, concretamente Welzel, al afirmar:

"La importancia del resultado en el tipo (culposo) reside en que realiza una selección en el círculo de las acciones contrarias al cuidado: ciertamente toda acción contraria al cuidado es antinormativa, indiferentemente de si se concreta o no en un resultado; pero sólo una vez que se concreta en un resultado, que logra –en todo caso según el derecho positivo– relevancia jurídico-penal, se convierte en el fundamento material del injusto típico penal [...] Con esto se muestra cuán poco el resultado es parte esencial jurídico-penal del hecho culposo"[434].

Según lo anterior, el injusto del tipo culposo se configuraría exclusivamente con la conducta infractora del deber de cuidado, ya que el fin perseguido por el autor del tipo culposo no coincide con el resultado causado[435].

434 Welzel (1993), p. 163. Expresa Zielinski que el resultado no tiene importancia alguna ni para el delito culposo ni para el delito doloso: la distinción entre la lesión del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjektsverletzung*) y el peligro de dicho objeto (*Rechtsgutobjektsgefährdung*) es para el injusto del delito culposo de poca importancia, al igual que la distinción entre tentativa y consumación para el delito doloso (1973, p. 191).

435 En este sentido, afirma Cerezo Mir: "No cabe incluir en el ámbito de la acción *final*, en el plano ontológico, una consecuencia producida en forma puramente causal. Puesto que esta consecuencia no es querida y en muchos casos no es siquiera prevista (culpa

Otro sector de la doctrina penal, por el contrario, sostiene que el resultado es parte integrante del delito culposo[436]. Al respecto, considero que la inclusión, hecha por el legislador, del resultado en la descripción del supuesto de hecho típico, representa un elemento fundamental del injusto. En efecto, excluirlo de este cuando la ley lo exige expresamente acarrearía que el autor respondiese únicamente por su causación: la atribución del resultado en este caso se fundamentaría en la causalidad y en el carácter prohibido de la conducta causante, razonamiento "versarista" inadmisible en un derecho penal moderno. Incluso, el uso de una categoría esencialmente valorativa como la imputación objetiva para atribuir el resultado en el tipo culposo se explica precisamente porque el resultado forma parte del injusto penal en estos delitos.

3.2. Tipo subjetivo

El aspecto subjetivo del tipo culposo depende, en alguna manera, de cómo se entienda el contenido del dolo. En efecto, si este último requiere del conocimiento y la voluntad para su configuración, que –como señalé antes– así debería ser de atenernos a lo dispuesto en el artículo 2° del Código Penal, entonces el tipo culposo exigiría que el autor *quiera* llevar a cabo la conducta infractora del deber de cuidado, pero no *quiera ni acepte* el resultado material[437]. La sola aceptación del resultado haría que el autor se sitúe en el ámbito del dolo eventual.

---

inconsciente)" (1982a, p. 20). En Chile, consideraba Cury en la décima edición de su *Derecho penal* que el resultado no era un elemento del injusto culposo (2011, pp. 346 y ss.), opinión que cambia radicalmente en la última edición (2020, p. 482).

436 Así, Bustos (1994b), pp. 370 y ss.; Muñoz Conde y García Arán (2015), p. 309. Parecieran sostener que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado pertenecen al tipo culposo. Roxin y Greco (2020), pp. 1185 y ss. –7–; Roxin (1997), p. 998 –7–. También Cousiño (1975), pp. 557 y 842 y ss. Resalta el carácter delimitador del resultado en el tipo culposo. Garrido Montt (2005), p. 210, igualmente p. 223; similar, Navas (2022), p. 152. Apoya la necesidad del resultado en los tipos culposos, pero por exigencias político-criminales, Quintero Olivares, para quien no es imposible desde el punto de vista técnico concebir un tipo imprudente cuyo único resultado sea la creación de una situación de peligro (2015, p. 433).

437 Así, Mir Puig (2015), pp. 298 y ss. –24–; igualmente, por todos, Garrido Montt (2005), p. 214.

De esta manera, el tipo subjetivo del delito culposo se definiría de forma negativa. Es decir, una vez configurado el tipo objetivo, debe analizarse si concurre el dolo. Si la respuesta es negativa, se aplicaría un tipo culposo de estar previsto en la legislación. Esta forma de determinación "por defecto" del aspecto subjetivo del tipo culposo, deriva precisamente del carácter subsidiario y excepcional de la culpa[438]. Ya que el modelo de delito está representado por su manifestación dolosa, una vez configurado el aspecto objetivo de todo tipo penal, la pregunta siguiente se reduce a determinar si el dolo concurre o no[439].

Sentado lo anterior, si se parte de que todo elemento subjetivo del tipo se caracteriza por su actualidad y naturaleza psicológica, resulta interesante plantear la relevancia del conocimiento en el tipo culposo. Al respecto, un sector de la doctrina distingue entre la culpa consciente y la culpa inconsciente. En la *culpa consciente* (o con representación), el autor, sin querer causar la lesión, advierte el riesgo que implica su conducta para ello e infringe la norma de cuidado, sin embargo, actúa con la convicción de que no va a suceder el resultado lesivo[440]. Por su parte, en la llamada *culpa inconsciente*, el autor no advierte el riesgo de su conducta, y mucho menos admite la posibilidad de que se realice el resultado, no obstante, responde penalmente por la infracción de la norma de cuidado que debió acatar y por la imputación del propio resultado. En esta última forma culposa no existe vínculo subjetivo alguno entre el autor y el resultado producido[441]. Así, ha-

---

438 Consideran que la culpa es un criterio (subjetivo) de imputación extraordinario, entendida como capacidad secundaria de evitación del hecho típico, Mañalich (2015), pp. 14 y ss., y p. 18; Reyes (2015b), pp. 144 y ss. El carácter excepcional de la tipificación culposa ha sido reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia (así, sentencia de 17 de noviembre de 2010. Rol N° 297-2009, cit. por Matus (2015), p. 15).

439 Sobre la diferencia de gravedad entre el injusto doloso y el culposo, *vid.* Mir Puig (1994d), p. 177.

440 Definición similar, Bustos y Hormazábal (2006), p. 301; Cobo y Vives (1999), p. 635.

441 Lo determinante consiste en la posibilidad de percepción, lo que el sujeto debió prever, su capacidad individual, etc. (así, Stratenwerth (1982), p. 326 –1102–). Apuntan el carácter dudoso del elemento subjetivo en la culpa inconsciente, Cobos y Vives: "La posibilidad de incriminación, en las hipótesis de culpa inconsciente, ha sido puesta en tela de juicio, dado que en ellas no existe ninguna especie de conexión psíquica entre el autor y el resultado. No obstante, esta ausencia de conexión psíquica no impide contemplar el resultado como obra del autor si se establece que pudo y debió preverlo y evitarlo" (1999, p. 635). En cambio, sostienen Vargas y Perin que incluso en la culpa

blar de "previsibilidad del hecho" o "posibilidad de conocer" el peligro que representa la conducta[442], aunque no haya sido efectivamente advertido, sería aludir a una simple potencialidad, lo cual supone que la percepción o la previsión no existió realmente en el caso concreto. Por otra parte, la previsibilidad es un elemento propio de la imputación objetiva tanto en el tipo doloso como en el culposo, no constituye un elemento subjetivo actual, únicamente una capacidad posible[443]. Resumiendo: en la llamada culpa inconsciente, el aspecto subjetivo se configura exclusivamente con haber querido la conducta realizada[444], sin vínculo subjetivo alguno entre el resultado y el autor de la misma[445].

---

inconsciente concurre un elemento subjetivo ("La 'vidente' imputación…", pp. 117, 122 y ss., 126 y ss. Al respecto, *vid.* igualmente PERIN (2020a), pp. 257 y ss.).

442 En este sentido, BACIGALUPO (1997), p. 247. Para Roxin basta la simple cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fundamentadoras del peligro (2020, pp. 1205 y ss. –69–; 1997, p. 1020 –62–).

443 No obstante, en principio, califica la potencialidad de la previsibilidad objetiva como un elemento subjetivo del tipo culposo, LUZÓN PEÑA (2016), p. 282 –21–.

444 Expresa Mir Puig que la infracción de la norma de cuidado exige "el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trate", como, por ejemplo, que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir la velocidad, aunque desconozca el peligro de actuar en tales condiciones (1994e, p. 187). En la misma línea, afirma Struensee que el tipo subjetivo del delito imprudente supone el conocimiento por parte del agente de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado, de las cuales surge un peligro intolerable según la valoración del orden jurídico –"riesgo permitido"– (1987, p. 433). Por su parte, sostiene Bustos que el aspecto subjetivo del tipo culposo requiere el conocimiento de la acción desarrollada y de los riesgos que ella implica (1995, pp. 41 y ss.). Concretamente, respecto a la culpa inconsciente, afirman Vargas y Perin que ella "no es ciega, pues el agente es consciente de la peligrosidad general de la conducta, y este nivel mínimo de conocimiento funda su deber de previsión; es decir, un deber de proyección del hecho típico, así como se realizaría *ex post*, al menos como categoría general (o como categoría de riesgo). El deber de previsión surge entonces de dicho conocimiento, legitimando la exigencia de cuidado en la conducción de la conducta para evitar la realización del tipo, de manera que la infracción de dicha exigencia justificaría una imputación de responsabilidad de forma equivalente a la imprudencia con previsión" (2020, p. 134).

445 Sobre una sentencia de la Corte Suprema del año 1951, afirma Etcheberry: "[…] la sentencia, después de caracterizar el dolo como 'voluntad de perpetrar un acto injusto, voluntad de inferir daño al ofendido', se refiere a la culpa, y afirma que ella presupone falta de voluntad o de intención: se forma por un acto o hecho imprevisto, que no cae bajo el raciocinio o intelecto del individuo. La culpa, se dice, es más bien un estado psicológico, en el cual no intervienen elementos volitivos, como dicen algunos auto-

Por lo tanto, si existe la referida posibilidad de que la culpa sea castigada aun cuando no exista una relación subjetiva entre el autor y el hecho (culpa inconsciente), podría generalizarse la conclusión según la cual el tipo culposo no requiere un elemento subjetivo con relación al resultado[446]. De ser esto así, ¿cuál sería el sentido de distinguir entre la culpa consciente e inconsciente, visto que en todo tipo culposo bastaría querer la conducta y no el resultado para que se realice el tipo subjetivo? En principio, el concepto de "culpa consciente" tiene sentido exclusivamente para distinguirlo del dolo (eventual) o para graduar la pena cuando el legislador lo requiera en el propio tipo culposo[447]. Con relación a esto último, resulta interesante precisar si ciertamente la distinción entre culpa consciente e inconsciente implica una diferencia que se traduce en la gravedad del injusto. Someramente, pareciera que la culpa consciente es más grave que la culpa inconsciente, ya que la advertencia del peligro en aquella no es óbice para que el autor continúe la realización de su conducta peligrosa[448]. En todo caso, se debe aclarar que el Código Penal no distingue entre la gravedad de la culpa a los fines de la pena a aplicar[449], aunque en algunos artículos se refiera, por ejemplo, a la "ignorancia inexcusable" (art. 224 N° 1), "imprudencia temeraria" (art. 317 inciso segundo), "ignorancia culpable" (art. 329 inciso primero).

Es pertinente mencionar nuevamente la existencia de un sector doctrinal que defiende la exclusiva punibilidad de la "culpa inconsciente", es decir, aquella en la cual el autor no se representa previamente el resultado lesivo. Esta posición parte de que el dolo se configura únicamente con el conocimiento del riesgo por parte del autor, por lo cual la llamada "culpa consciente" sería una forma de dolo constituida precisamente por la represen-

---

res: 'la culpa se castiga porque no se han opuesto los medios necesarios para evitar el acto injusto'" (1987, tomo I, pp. 253 y ss. –crítico de la misma–).

446 Según Luzón, lo que podría generalizarse cuando la ley no distingue entre la culpa consciente e inconsciente sería la ausencia de dolo y la referida previsibilidad objetiva (2016, p. 282 –212–).

447 En este sentido. WESSELS *et al.* (2019), p. 394 –1107–.

448 Para Luzón Peña, la gravedad de la imprudencia depende de la magnitud de la infracción de la norma o deber de cuidado. "fundamentalmente atendiendo al grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y al grado de control o descontrol del peligro" (2016, p. 295 –60–).

449 VARGAS (2011), pp. 106 y ss.

tación del riesgo de lesión y, agrego yo, la decisión de seguir actuando aun habiendo advertido el riesgo[450]. Paradigmático de esta posición es Jakobs, para quien al abarcar el dolo eventual todo el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, no se podría crear una imprudencia consciente que contenga un aspecto intelectual idéntico al del dolo: solo pueden tratarse de supuestos de un imaginarse sin ulterior reflexión (el autor puede vacilar entre aceptar o descartar un peligro imaginado)[451]. En definitiva, para este autor toda forma culposa (imprudencia), consciente o inconsciente, se caracteriza negativamente como una ausencia de conocimiento de la realización del tipo, de allí que la distinción entre culpa consciente e inconsciente carezca de sentido[452]. A su vez, Jakobs fundamenta el juicio de imputación en la evitabilidad[453]. La imprudencia es la "forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse"[454]. Partiendo de lo anterior, afirma dicho autor que el tipo culposo constituye una forma de error[455]. No obstante, a tal afirmación se le puede

450 No obstante, partiendo de un concepto de dolo cognoscitivo, mantiene Mañalich la referida distinción entre culpa consciente e inconsciente (2015, pp. 30 y ss.).

451 Jakobs (1995), p. 382 –3–; (1993), p. 317 –3–.

452 Jakobs (1995), p. 382 –3–; (1993), p. 317 –3–; similar, Jakobs (1997d), pp. 170 y ss. Siguiendo a Jakobs, Bacigalupo (1997), pp. 245 y ss., especialmente pp. 246 y ss.

453 Jakobs (1995), p. 381 –2–; (1993), p. 316 –2–. En el delito culposo el autor "está obligado a evitar comportamientos que de modo cognoscible producirán un daño", incluyendo dentro de este deber la posibilidad de conocer la prohibición del hecho. Jakobs (1997d), p. 172.

454 Jakobs (1995), p. 382 –4–; Jakobs (1993), p. 317 –4–. Igual, Bacigalupo (1997), p. 247; similar, Mañalich (2015), pp. 21 y ss.

455 Jakobs (1995), p. 380 –1–; (1993), p. 315 –1–. Literalmente dice Jakobs: "La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos [...]. En contraposición al error en la tentativa, en que el autor se imagina una realización del tipo que no se produce, el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Este error puede presentarse de dos formas: El autor puede que ni siquiera piense que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es" (1995, pp. 380 y ss. –1–; 1993, pp. 315 y ss. –1–). Esta posición la sigue Bacigalupo, para quien, a diferencia del tipo doloso en el cual debe existir una correspondencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, en el delito imprudente "el autor ignora negligentemente que realiza el tipo" (1997, p. 242). Pareciera que Bacigalupo también considera la imprudencia como un supuesto de error de tipo (p. 243). Así, afirma este autor: "[...] se debe apreciar la imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido

objetar que únicamente la culpa consciente puede calificarse de error (precisamente, la que Jakobs considera una forma de dolo), ya que la persona se equivoca sobre la producción del resultado. En efecto, un "error" implica "equivocación", "falsa percepción", y en la culpa inconsciente no existe esa equivocación, justamente por faltar totalmente la percepción. El error presupone un conocimiento de la situación, aunque equivocado[456].

Que el tipo culposo sea una forma de delito cuya imputación se establece mediante criterios exclusivamente objetivos, y donde la posible relación de concreción existente en él (culpa consciente) solo sería relevante a los fines de su distinción del dolo, no significa que el tipo culposo se traduzca en un caso de responsabilidad objetiva. Esta última consiste en una forma de atribución de responsabilidad en razón de la simple causación de un resultado o de la ejecución de un hecho, lo cual no ocurre en el delito imprudente donde se responde por la infracción del deber de cuidado y la atribución del resultado según un juicio de valor (imputación objetiva).

4. Preterintención y delitos calificados por el resultado

Además de la culpa, un sector de la doctrina suele citar, como modalidad subjetiva distinta del dolo, los llamados "delitos preterintencionales". Estos se caracterizarían porque el resultado material causado no fue abarcado por el dolo del autor, aunque perseguía producir un daño menor al efectivamente ocurrido[457]. Como ejemplos de preterintención en Chile se citan los artículos 343 del Código Penal (violencia que ocasiona el abor-

un *error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo*" (p. 247). En el mismo sentido que Jakobs, rechaza Bacigalupo la existencia de la llamada culpa consciente: "[...] cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Dicho de otra manera, si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción se dará *dolo eventual*; si por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta *habrá imprudencia* cuando hubiera podido conocer el peligro" (p. 247).

456 En Chile, concibe la culpa como una forma de error, por todos, Rettig (2019), pp. 685 y ss.

457 Añade Garrido Montt que en dichos delitos el resultado mayor es producto de la misma cadena causal (2005, p. 229). Künsemüller alude a que el resultado mayor se encuentra en la "misma línea de ataque" que el menor (2012b, p. 301).

to sin propósito de hacerlo, siempre que al autor le conste el estado de embarazo de la mujer o el mismo sea notorio), o el 479 del Código Penal (incendio que se propaga más allá "del objeto que el culpable se propuso quemar, a otro u otros cuya destrucción, por su naturaleza o consecuencias, debe penarse con mayor severidad")[458]. Por lo tanto, para que concurra esta figura sería necesario que el autor no haya querido el resultado mayor y que tampoco lo haya aceptado como posible sin importarle su causación (dolo eventual).

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la atribución del resultado mayor al autor? Según una primera teoría, la preterintención constituye una mixtura de dolo y culpa: el autor obraría con dolo respecto al resultado menor (*v. gr.*, violencia), y con culpa respecto al resultado mayor efectivamente producido (*v. gr.*, el aborto)[459]. Pudiera afirmarse que esa teoría no sería aplicable a la legislación chilena, ya que cuando esta se refiere a la forma culposa hace mención a modalidades como "negligencia", "descuido" o "imprudencia"[460], entre otras. De tal manera que si la intención del legislador hubiese sido adoptar la tesis de la mixtura de dolo y culpa, hubiese contemplado un artículo como el siguiente:

> "Si el incendio se propagare más allá del objeto que el culpable se propuso quemar, por su negligencia, descuido o imprudencia, será penado [...]".

Es decir, el Código Penal, cuando se refiere a la culpa, lo hace aludiendo a ella expresamente.

Una segunda posición sostiene que el resultado mayor se atribuye a su autor a título de responsabilidad objetiva, lo cual se basa en el antiguo principio del derecho canónico *versari in re illicita*. Esta tesis supone que quien quiere la causa ilícita debe responder por todas sus consecuencias, independientemente de que estas hayan sido queridas o previstas[461]. Se trata de un auténtico supuesto de responsabilidad objetiva en el sentido de que la imputación del daño más grave se fundamenta únicamente en su causación.

Considero que en el llamado tipo preterintencional no existe vínculo subjetivo entre el resultado mayor y la conducta querida por el autor, el componente subjetivo se agota en el resultado menor. Ahora bien, ello no supone que el autor deba responder por el resultado mayor únicamente por haberlo causado. Este resultado mayor debe ser *imputado objetivamente* a la conducta realizada según los criterios señalados en su momento. Concretamente, la conducta querida por el autor dirigida a la realización del resultado menor ilícito debe ser apta, desde un punto de vista *ex ante*, para producir el resultado ilícito mayor no querido. Es decir, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la producción de dicho resultado mayor, aunque efectivamente el autor concreto no lo haya hecho. Así, la violencia ejercida por este contra la mujer embarazada debe tener la capacidad, la aptitud (considerada *ex ante*), de producir el aborto no representado por el autor. Por lo tanto, se imputa el resultado mayor en razón de la creación de un riesgo típicamente relevante. Si el resultado mayor no hubiese podido ser previsible por una persona media, de acuerdo a un punto de vista *ex ante*, aquel en modo alguno puede imputársele a su causante. Pero si esto es así, ¿podría concluirse que en la preterintención existe una mixtura entre el dolo que abarca el resultado menor y una especie de "culpa inconsciente" sobre el resultado mayor? Estrictamente hablando, no podemos concebir un supuesto culposo, ya que no se parte de la infracción al deber de cuidado. Como afirmé antes, el tipo culposo supone un ámbito de riesgo permitido, excedido por el autor. En tal sentido, sería contradictorio sostener la existencia de un deber de comportarse "prudentemente", cuando intencionalmente se quiere violentar a una mujer embarazada sin querer causarle el aborto.

De forma similar a la preterintención, la doctrina alude a los llamados *delitos calificados por el resultado*. Se trata de tipos penales en los cuales el legislador aumenta la pena del delito básico realizado por concurrir un resultado más grave que el perseguido por el autor. Suele citarse como

---

458 Labatut (1972), p. 128.

459 Así, Bettiol (1977), p. 131. En Chile, por todos, Etcheberry (1998), tomo I, pp. 325 y ss.; Cury (2020), pp. 489 y ss.; Garrido Montt (2005), p. 229.

460 Novoa (1985), tomo I, p. 571. No obstante, como afirmé *supra*, el legislador no utiliza una fórmula específica para castigar el cuasidelito, aunque deba manifestar expresamente tal intención punitiva.

461 *Vid.* Mir Puig (2015), pp. 137 –70– y 310 –73–. En Chile se ha discutido si el ordinal 8° del artículo 10 del Código Penal ("Están exentos de responsabilidad criminal [...] 8° El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente") prevé, *a contrario sensu*, la posibilidad del *versari in re illicita* al restringir la exención al acto previo "lícito". Al respecto, Hernández (2011b), pp. 241 y ss.

ejemplo, entre otros, el secuestro del que resulta un grave daño para la víctima (art. 141 inciso cuarto del CP)[462]. En estos casos –afirma la doctrina tradicional–, estamos en presencia de una responsabilidad puramente objetiva, ya que no se requiere que el autor tenga la intención de realizar el resultado lesivo más grave[463].

Desde mi punto de vista, este tipo resulta exactamente igual en su estructura dogmática que los llamados delitos preterintencionales. Así, el dolo del autor no abarca el resultado más grave que solo se produce de forma *causal* y, al igual que en el tipo preterintencional, la atribución de la consecuencia mayor en el delito calificado por el resultado se realiza mediante los criterios de imputación objetiva[464], concretamente aludiendo a la previsibilidad conforme al juicio del hombre medio del resultado más grave (juicio de adecuación). El resultado mayor (*v. gr.*, la muerte del secuestrado a causa de un infarto) debe ser previsible *ex ante*, en el sentido de que una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la producción de ese resultado, aunque el autor no lo haya considerado en absoluto[465]. Por lo tanto, la conducta dirigida al hecho menor (*v. gr.*, la privación de libertad) debe ser apta, desde un punto de vista *ex ante*, para producir el infarto mortal. Solo así podrá imputarse la lesión mayor[466].

---

462 Etcheberry (1998), tomo I, p. 328.

463 Así, Cury (2020), pp. 484 y ss.; similar, Etcheberry (1998), tomo I, pp. 326 y ss.

464 Sobre la compatibilidad entre imputación objetiva y delitos calificados por el resultado, *vid.* STC, Rol Nº 5782-2018, de 4 de septiembre de 2019.

465 En Alemania se exige la imprudencia en relación al resultado más grave (al respecto, Hirsch (1999b), pp. 288 y ss.).

466 Ya Mezger opinaba que en estos delitos es preciso una conexión causal "de la que pueda decirse que posee una propia tendencia a favorecer la producción de resultados de aquella índole más grave"; por ello, agrega dicho autor, la responsabilidad penal aparece en estos casos mucho más restringida que en las hipótesis normales (1946, tomo I, pp. 240 y ss.).

CAPÍTULO VII: EL TIPO DE OMISIÓN

1. Concepto

El tipo de omisión se caracteriza por la infracción de una norma preceptiva; una norma que impone la obligación de actuar de una determinada manera sin que el autor realice precisamente dicha acción debida. Así, el artículo 494 Nº 14 del Código Penal obliga a quien se encuentre una persona en situación de peligro a socorrerla siempre que pueda hacerlo sin detrimento propio.

En principio, carece de sentido referirse a la omisión previamente al tipo penal[467], ya que se trata de una estructura esencialmente normativa[468]. No obstante, como se vio al tratar el elemento "conducta humana" (capítulo II), en el delito de omisión también debe analizarse la existencia de un comportamiento voluntario, concretamente el realizado por el autor en sustitución de aquel impuesto por la norma. Por ejemplo, en el caso del policía que, después de un requerimiento formal se niega a aprehender a un delincuente por preferir ver un partido de fútbol televisado del equipo que sigue fanáticamente, habría que determinar si esta última conducta es voluntaria como condición previa al análisis de la concurrencia del tipo penal previsto en el artículo 229 del Código Penal[469].

En cuanto al derecho positivo chileno, el artículo 1° del Código Penal define el delito como "toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

---

467 En este sentido. Mezger (1946), p. 283.

468 Bustos (1994b), pp. 378 y ss.; Bustos y Hormazabal (2006), p. 327. Dice el Tribunal Constitucional: "[…] sólo omite quien no hace aquello que el derecho manda, aquello que era su deber hacer, aquello que estaba obligado a hacer jurídicamente" (sentencia Rol Nº 2897-2015, de 4 de julio 2017, considerando decimonoveno –v/lex–).

469 Al respecto, Mir Puig (2015), pp. 319 y ss. –5 y ss.–.

incluso el artículo 2° del Código Penal prevé las omisiones culposas, todo lo cual revela la voluntad del legislador penal de contemplar la omisión como una de las modalidades de realización del hecho punible[470].

2. Distinción acción-omisión en el caso concreto

Cuestión importante es determinar cuándo, ante unos hechos determinados, se aplicaría un tipo penal de acción o uno de omisión. En efecto, hay delitos en los cuales pareciera concurrir, además de una acción, una conducta omisiva que podría dificultar la distinción entre una y otra. Así, el médico o auxiliar que olvida retirar el material quirúrgico del cuerpo del paciente produciéndose en consecuencia una infección mortal, ejecuta una acción (colocar dicho material durante la operación) y, a su vez, una omisión (no retirarlo al finalizar la cirugía). El asunto adquiere mayor relevancia práctica cuando se observa que la llamada omisión impropia exige teóricamente más requisitos para su configuración que el tipo de acción[471].

Para la diferenciación en casos dudosos, un sector de la doctrina penal recurre al criterio de la causalidad: hay delito de acción siempre que el sujeto haya colocado una condición (causa) del resultado material producido (criterio de la causalidad)[472]. En principio, comparto tal criterio de

---

470 En este sentido, sentencia de la Corte Suprema de 4 de agosto de 1998, Rol N° 1338-1998 (considerando 13° de la sentencia de reemplazo).

471 Mir Puig (2015), p. 321 –12–.

472 Aceptan la tesis de la causalidad, por todos, Welzel (1993), p. 241; Jescheck y Weigend (1996), p. 603; Mir Puig (2015), p. 320 –8–; Silva Sánchez (1986a), pp. 193 y ss.; Novoa (1984), pp. 203 y ss.; en sentido similar, Jakobs, aunque agrega el criterio de la motivación para determinar el comienzo de la causalidad (1993, p. 941 –3–; 1995, pp. 776 y ss. –3–). Al respecto, expresa Gimbernat las siguientes consideraciones: el comportamiento será omisivo si no existe movimiento corporal alguno causante del resultado típico –criterio de la causalidad– (1995, p. 209). Pero, agrega Gimbernat, cuando en la conducta concurran elementos activos y omisivos, "si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos –como unidad natural de comportamiento– cuando sean igualmente graves [...]" (p.209). Si la omisión

la causalidad para determinar si existe una acción o una omisión, aunque determinándola "conforme a las leyes de la naturaleza" (Engisch). Solo esta forma de entender la causalidad podría servir para distinguir la acción de la omisión. En efecto, también respecto a un delito de omisión, podría hacerse la pregunta hipotética, propia de la *conditio sine qua non*: ¿qué hubiese sucedido si se agrega la conducta no realizada? Por otra parte, en el caso de omisión impropia por actuar precedente (injerencia), la aplicabilidad de la mencionada fórmula de la *conditio* tampoco cumpliría una función distintiva de la acción, dado que el sujeto obligado por la posición de garante coloca una condición necesaria para la producción del resultado más grave. Más adelante me referiré a ello.

3. Clases de omisión[473]

Dentro del delito de omisión se distinguen los tipos de omisión *propia* (omisión pura) y los de omisión *impropia* (comisión por omisión). Los primeros se consuman con la sola omisión de la conducta debida por el autor. Por lo tanto, esta modalidad de delitos constituye un auténtico tipo de mera actividad[474]. Así, el referido caso de omisión de socorro previsto en el artículo 494 N° 14 del Código Penal. En cambio, los tipos de comisión por omisión (omisión impropia) se distinguen por la producción de un resultado material (cambio o modificación del mundo exterior)[475] imputable al autor que omite la conducta debida (posición de garante), como sería el trillado caso de los padres que dejan de alimentar al hijo recién nacido hasta que muera.

La circunstancia de que la fuente de posición de garante en la omisión impropia (comisión por omisión) no esté prevista de forma expresa en algunas legislaciones (como el Código Penal chileno), infiriéndose la misma de una interpretación de los tipos de acción, conduce a cuestionar su

---

precede a la acción, y aquella es atípica. "el único comportamiento jurídico-penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica" (Gimbernat (1995), p. 210). Sobre este punto, *vid.* Roxin (1991b), pp. 226 y ss.: Otto (2004), pp. 156 y ss. –2 y ss.–.

473 Al respecto, *vid.* también el capítulo III.

474 Mir Puig (2015), p. 321 –13–.

475 Ídem.

constitucionalidad por infracción del principio de legalidad[476]. Ante esto, un sector de la doctrina penal sostiene la necesidad de incluir una disposición general en la ley que permita extender el tipo comisivo de resultado a la omisión (cláusula de equiparación) o que el legislador especifique qué tipos penales admitirían la llamada comisión por omisión[477].

Si bien sería preferible la introducción en la ley de una cláusula general que contenga las fuentes de posición de garante, y que a ella se le añada una disposición que limite la figura de la comisión por omisión a determinados delitos, la falta de normas semejantes no impide la punición de esa modalidad de omisión, pues esta deriva de la interpretación valorativa del verbo rector del tipo[478]. Así, por ejemplo, el verbo "matar" usado en los artículos 390 y 391 del Código Penal no debe entenderse necesariamente solo en un sentido causal sino también de forma valorativa, al punto de concluir que la madre que no alimenta a la hija recién nacida hasta su muerte efectivamente "la mata"[479]. Por otra parte, del artículo 492 del Código Penal se desprende implícitamente la posibilidad del castigo de la

476 Bacigalupo (1997), p. 390. El Tribunal Constitucional implícitamente pareciera reconocer la constitucionalidad de esta clase de delitos de omisión cuando expresa: "[...] no divisamos ninguna razón constitucional para proscribir la punibilidad de los delitos de omisión per se, los que son en principio constitucionalmente inconcusos, cualquiera sea el concepto que se tenga respecto de su naturaleza y estructura o composición" (sentencia Rol Nº 2897-2015, de 4 de julio de 2017, considerando vigesimoprimero –v/lex–). En cuanto a la relación de la omisión impropia y el principio de legalidad, *vid.* Wilenmann (2016b), pp. 300 y ss.

477 Así, Huerta Tocildo (1987), p. 70; similar, Cury (2011), p. 680. Para Bustos, la inclusión de una cláusula general en el Código Penal pudiera acarrear el castigo de todos los tipos penales mediante la figura de comisión por omisión (1994b, p. 383). Ante lo inadecuado de dicha cláusula general de equiparación de los tipos de omisión a los de acción, afirma este autor: "Pareciera que la única vía (*sc.* para el castigo de la omisión impropia) es ir a su resolución en la parte especial con el sistema de numerus clausus, tal como sucede con la culpa; ahora bien, como esto de *lege ferendae* puede ser muy complejo o dificultar la técnica legislativa, pareciera lo más adecuado no legislar sobre esta materia y dejarla a la labor interpretativa, que tendrá que trabajar con criterios restrictivos en su elaboración, conforme a los principios generales del derecho penal" (p. 383). Igualmente, en contra de la inclusión legal de una cláusula de equiparación de la acción y la omisión, Navas (2015), p. 688.

478 En este sentido, por todos, Carnevali (2009b), pp. 150 y ss.; Ossandón (2013), pp. 444 y ss.; (2015), pp. 44 y ss.

479 Sostiene la "equiparación valorativa entre la producción y la no evitación del resultado típico", Hernandez (2011a), p. 23. En cambio, afirma Mañalich que la expresión

omisión impropia, al menos de crímenes y delitos contra las personas, al prever como supuestos típicos la *ejecución* de un hecho e *incurrir en una omisión*[480].

En todo caso, la circunstancia de que las condiciones de los tipos de comisión por omisión no estén expresamente contempladas en la legislación eleva la exigencia de requisitos para su configuración.

4. Omisión propia

4.1. Tipo objetivo

Como expliqué antes, este tipo penal se perfecciona con la sola omisión del autor y exige para su configuración los siguientes elementos: a) una situación de hecho descrita en la ley, que actualiza el deber de actuar; b) la omisión de ese actuar determinado, y c) la posibilidad concreta de actuar[481].

A) Supuesto de hecho determinado en la ley

En la omisión propia la ley describe una situación de hecho de la cual surgirá el deber de actuación del autor[482]. Por ejemplo, el numeral 12 del artículo 494 del Código Penal castiga al "médico, cirujano, farmacéutico, matrona o cualquiera otro que, llamado en clase de perito o testigo, se negare a practicar una operación propia de su profesión u oficio o a prestar una declaración requerida por la autoridad judicial, en los casos y en la forma que determine el Código de Procedimiento y sin perjuicio de los

legal "matar a otro" equivale semánticamente a "producir la muerte de otro", lo cual solo puede lograrse mediante la ejecución de una acción (2014, p. 230).

480 Por todos, Politoff (2001a), p. 243; Cury (2011), pp. 679 y ss.

481 Mir Puig (2015), p. 325 –27–; Jescheck y Weigend (1996), pp. 615 y ss.

482 Así, Welzel (1993), pp. 241 y ss.; Gómez Benítez (1992), p. 579. Se refiere Silva Sánchez a la "situación de peligro para el bien jurídico", concebida desde el punto de vista *ex ante*, cuya existencia se decide en el momento en que el sujeto no ha comenzado a actuar y puede hacerlo en uno u otro sentido (1986a, pp. 281 y 284). Ello, sin embargo, no quiere decir que la omisión propia sea un tipo de peligro (al respecto, *vid.* Luzón Peña (1990b), pp. 184 y ss.; expresamente, p. 187). Por su parte, Mir Puig llama a este elemento "situación típica" (2015, p. 322 –27–).

apremios legales". En este tipo penal se contempla como supuesto de hecho *ser requerido por la autoridad judicial*.

B) Ausencia de una acción determinada

En el tipo de omisión no falta una acción en general, sino una "acción específica". Así, puede que exista la actividad del autor, pero no la exigida por el tipo penal; por lo tanto, debe compararse la conducta efectivamente realizada por el sujeto obligado con aquella que debía realizar. Volviendo al ejemplo anterior, el médico citado por el tribunal a declarar como perito opta por permanecer en su casa viendo un programa televisivo. Él realiza una conducta general: quedarse en casa viendo la televisión, pero no la conducta concreta que debía realizar, la conducta esperada: acudir al órgano judicial a prestar el servicio debido.

C) Capacidad concreta de actuar

Para que exista omisión propia, el sujeto obligado debe estar en condiciones *concretas* de poder actuar conforme a lo esperado[483]. Por su parte, si falta la capacidad de actuar *en general* habría una ausencia de conducta, primer elemento del delito: en el ejemplo mencionado *supra*, el médico requerido ha sido amarrado a una silla o encerrado en una habitación por secuaces de los procesados en el juicio penal donde aquel debe dar su opinión científica, lo cual impide su asistencia al órgano judicial[484]. No obstante, ambas formas de omisión de la conducta esperada encuadrarían, desde mi punto de vista, en el artículo 10 Nº 12 del Código Penal, al eximir de responsabilidad penal a quien "incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable"[485].

483 En cuanto a la capacidad de actuar, sostiene Gómez Benítez que la misma se mide "[...] según el baremo del 'observador medio', *ex ante*, y con el consiguiente conocimiento de las circunstancias concretas, objetivas, y personales concurrentes en dicho momento" (1992, p. 580). Bustos, Flisfisch y Politoff consideran que este elemento corresponde al ámbito de lo "natural", en contraposición a lo normativo. Bustos *et al.* (2018), pp. 1205 y ss.

484 Zaffaroni (2002), p. 574. Bustos y Hormazábal parecieran concebir estos supuestos como causa de atipicidad (2006, p. 333).

485 Por su parte, según Náquira, la omisión por causa legítima se refiere a los supuestos de "colisión de deberes", o a que el omitente "se encontraba en una situación, *v. gr.*, de

4.2. Tipo subjetivo

En cuanto al aspecto subjetivo, en la modalidad dolosa se requeriría que el autor *conozca* la situación que le obliga a actuar de una determinada forma (*v. gr.*, enterarse del requerimiento o denuncia formal por escrito que le ordena perseguir a un delincuente, en el caso del policía citado *supra*), y *decida* no realizar la conducta debida que le ordena el artículo 229 del Código Penal. Estos elementos parten, obviamente, de entender el dolo como conocer y querer. Por otro lado, también es posible la manifestación culposa de los tipos de omisión propia si lo contempla la legislación, como el propio artículo 229 del Código Penal repetidamente citado, que prevé la posibilidad de que la no persecución o aprehensión del delincuente se deba a "negligencia inexcusable" del funcionario público obligado.

5. Omisión impropia (comisión por omisión)

Esta se caracteriza por la concurrencia de un resultado material junto a la omisión de una conducta determinada. Para la configuración de este tipo penal no basta la mera omisión del autor; es necesario adicionalmente un resultado material, un cambio o modificación del mundo exterior que deberá ser imputado a tal omisión[486]. Ahora bien, ¿cómo puede concebirse

legítima defensa o de estado de necesidad, y en ambos casos optó por proteger un bien jurídico distinto a aquel amparado por el deber legal omitido" (2002, p. 161).

486 Según Armin Kaufmann, el carácter "impropio" de esta clase de omisión radica en su falta de tipificación expresa en la ley (2006, p. 284). Mañalich, siguiendo a Vogel, considera que dicho carácter radica en la técnica legislativa a la cual se recurre para definir sus presupuestos típicos: se trata "de la subsunción judicial de un fragmento de comportamiento –consistente en la no ejecución de una acción que satisface una determinada descripción– bajo un tipo de delito que no se encuentra legislativamente formulado como tal, sino que ha de ser extraído, por vía de transformación, a partir de un correspondiente tipo de delito comisivo" (2014, p. 233). Este autor habla de delitos de omisión "impropiamente tipificados" (p. 234). A la misma conclusión parecieran llegar, por todos, Hernández (2011a), pp. 22 y ss., y Novoa (1984), pp. 129 y ss. Por su parte, afirma Piña que en los tipos de omisión impropia "no es ya la mera omisión la que constituye la conducta prohibida, sino que es el hecho de que a tal omisión puede atribuirse como efecto propio un resultado lesivo. No se trata de que estén o no tipificados expresamente (pues perfectamente puede estar expresamente tipificado un delito de omisión impropia), sino de que a dicha omisión se impute la producción

un resultado relacionado con una omisión, si un "no hacer" no puede producir "algo" (*ex nihilo nihil fit*)?[487]. Pues bien, en la comisión por omisión, al contrario que en el tipo de acción de resultado material, no es necesaria una relación de causalidad como paso previo de vinculación de la conducta con el resultado[488], aunque sí se requiere una *relación de imputación* entre la omisión y el resultado material. En efecto, el resultado debe ser *imputado* a la conducta omisiva del autor[489], en virtud de su posición de garante y la efectiva protección de un bien jurídico o el control de una fuente de peligro[490].

de un resultado prohibido" (2014, p. 204). Desde mi punto de vista, el carácter "impropio" de esta forma de omisión deriva de la infracción de dos normas de naturaleza distinta: una preceptiva ("alimentar al hijo") y otra prohibitiva ("no matar").

487 Reconoce expresamente esta circunstancia la citada sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2897-2015, de 4 de julio de 2017, en su considerando vigesimotercero. Similar, sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999, contra J.S.A.J. (recurso de casación en el fondo), cit. en *RDJGT*, N° 1-1999 (enero), p. 72.

488 Un sector tradicional de la doctrina penal hace alusión a la necesidad de una "causalidad hipotética" en esta clase de delitos (por todos, Rodríguez Mourullo (1978), p. 307; en parecido sentido, Mezger (1946), vol. I, pp. 287 y ss.). A decir de Hernández, gran parte de la doctrina chilena sostiene que, "si agregada hipotéticamente la actividad debida el resultado, con una probabilidad rayana en la certeza, se hubiera producido de todos modos, no se puede imputar dicho resultado a la omisión" (2011a, p. 49). Sin embargo, como bien expresa Bustos, la causalidad "hipotética" no es causalidad (1994b, pp. 379 y ss.). Sobre la posibilidad de considerar valorativamente (normativamente) los cursos causales hipotéticos en el tipo de omisión impropia, *vid.* Perin (2020b), pp. 222 y ss. Igualmente, considera necesaria la causalidad hipotética en los tipos de omisión propia, Rojas (2021), punto 1.1.

489 Garrido Montt (2005), p. 243. Este autor, aunque partiendo de una errónea "causalidad hipotética, exige, para la imputación objetiva del resultado en la omisión, que el mismo se encuentre comprendido 'en el ámbito de protección de la norma que impone el deber de evitación y ser consecuencia de su infracción'" (p. 248). Así se llegaría a la equivalencia entre la acción y la omisión (p.248). Más recientemente, a favor de aplicar los criterios de imputación objetiva en el tipo de omisión propia, Rojas (2021), puntos 1.1 y 1.2.

490 Por su parte, sostiene Mañalich que la construcción de un delito de omisión impropia no es, *per se*, un problema de imputación, ya que "trata de la comprobación del eventual quebrantamiento, por parte del garante, de una norma que requiere el impedimento de un resultado de cierto tipo, formulada por vía de transformación a partir de la correspondiente norma prohibitiva de la producción de semejante resultado" (2014, p. 241). Dicho autor distingue entre la posición de garante y el deber de impedir el resultado, siendo aquella un presupuesto de la acción impeditiva del resultado, no un criterio de imputación (al respecto, pp. 241 y ss.).

5.1. Tipo objetivo

El tipo objetivo de la comisión por omisión exige para su configuración los siguientes elementos[491]: a) existencia de una situación de hecho que obliga al autor a intervenir; b) omisión de una conducta debida; c) posibilidad concreta de actuar; d) existencia de un resultado distinto de la propia omisión del autor, y e) imputación del resultado a la omisión del autor en virtud de la concurrencia de una posición de garante del autor y una relación de dependencia o control.

El primer requisito se traduce en una situación fáctica que requiere, en principio, una actividad para evitar el resultado. Así, el niño recién nacido que llora desesperadamente porque sus padres no le han dado de comer. En este ejemplo, el deber de actuar "se actualiza" (se "activa") desde el momento en que el bien jurídico entra en conmoción, es decir, desde que se encuentra en una situación de peligro que requiere la intervención inmediata de la persona obligada a evitar un resultado lesivo. En cuanto al segundo requisito, el autor obligado no lleva a cabo la conducta que debía realizar[492]. El tercer elemento, al igual que en la omisión propia, se configura por la posibilidad concreta de actuar. La cuarta condición consiste en la producción del resultado típico lesivo, *v. gr.*, la muerte o la lesión del niño recién nacido por la falta de alimentos. Por su parte, el quinto y último requisito del tipo objetivo será el factor fundamental: la imputación del resultado a la omisión del autor por la concurrencia de una posición de garante en el mismo[493] y una relación de dependencia o control.

Sobre este último requisito se aprecian en la doctrina dos tendencias para fundamentar el deber de evitar un resultado. Según una primera *teoría formal*, solo el ordenamiento jurídico podría imponer la obligación a una

491 *Vid.* Mir Puig (2015), pp. 326 y ss. –33–.

492 Para Politoff, Matus y Ramírez, la omisión impropia constituye un delito especial propio, "los que sólo se pueden cometer por quienes poseen determinadas calidades que los obligan a evitar los resultados lesivos, pues no impedir un resultado puede solamente ser equiparado a un hacer activo cuando para el sujeto existía una obligación específica de actuar, con la cual se contaba". Politoff *et al.* (2004), p. 200.

493 Sobre la importancia de este requisito en los delitos de omisión impropia, *vid.*, en general, la referida sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2897-2015, de 4 de julio de 2017.

persona de no omitir una conducta para evitar el resultado; únicamente la ley, el contrato o el actuar precedente podrían ser fuentes de la posición de garante[494]. Bastaría la infracción de dicho deber previsto por el respectivo ordenamiento jurídico para imputar el resultado. Esta teoría fue superada por una *fundamentación material* de la posición de garante, según la cual el deber consustancial a esta se basa en la *relación concreta* del obligado con el bien jurídico o en el *control concreto* de una fuente de peligro para el mismo[495].

En mi opinión, siguiendo esta segunda corriente, la imputación del resultado a la omisión del autor se fundamenta en una posición de garante[496], la cual implica una relación de dependencia del bien jurídico protegido o de la fuente de peligro respecto de la persona obligada a actuar[497]. De allí que la misión de la imputación en los tipos de omisión impropia es determinar cuándo, partiendo de que la persona se encuentra en posición de garante, concurre la citada relación de sujeción[498].

494 Bacigalupo (1997), p. 397; (1988), p. 125. Sobre la evolución de esta teoría y su crítica, *vid.* Perdomo Torres (2001), pp. 20 y ss.

495 Kaufmann (2006), pp. 289 y ss.; Bacigalupo (1983), p. 138. Piña, en la línea de Jakobs, fundamenta la posición de garante en un rol social que trasciende al propio sistema jurídico: de dicho rol, según la estructura social, surgiría el deber jurídico de intervenir (2014, pp. 216 y ss.). No obstante, deja entrever Hernández la imposibilidad de fundamentar el deber de actuar del garante "sin remitirse directa o indirectamente a fuentes formales de deber jurídico" (2011a, p. 25).

496 Para Rojas, el origen de la posición de garante "responde a la necesidad de hacer depender la cuestión de la equivalencia entre comisión y omisión de criterios materiales y no meramente formales. En otras palabras, dicha equivalencia no puede depender de la sola existencia formal de un deber jurídico y su incumplimiento" (2018, p. 706. Incluso, Rojas pareciera contraponer la posición de garante como fundamento de la equivalencia entre un delito de acción con resultado y el delito de comisión por omisión, y el deber jurídico (pp. 717 y ss.). En todo caso, considera el autor que el concepto de posición de garante es prescindible ante el moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva (pp. 720 y ss.).

497 Entiende la posición de garante como "relación fáctica de tutela", Cury (2011), pp. 680 y ss. Al respecto, sostiene Hernández que "de la posición de garante no fluye un deber omnicomprensivo de evitar resultados sino sólo deberes con un alcance más o menos preciso [...] el alcance del deber del garante debe determinarse diferenciadamente atendiendo a las circunstancias del caso concreto" (2011a, p. 31).

498 Silva Sanchez (1986a), pp. 307 y ss.; (1989), p. 369, nota 7. En sentido similar, aplicando la categoría de la comisión por omisión para la responsabilidad del superior jerárquico en la empresa. Schünemann (1988), p. 537. Para Bustos, como criterio

Los *casos de posición de garante* se pueden agrupar de la siguiente manera: a) los vinculados al *deber de protección de un bien jurídico*, y b) los relativos al *deber de control de una fuente de peligro*[499]:

A) Posición de garante derivada del deber de protección de un bien jurídico

En este primer grupo debe existir una relación de *dependencia fáctica* del bien jurídico respecto de la persona obligada[500]. Este vínculo implica que la incolumidad del bien jurídico dependa necesariamente del sujeto obligado (falta de autonomía del bien jurídico, en el sentido de que su titular no puede realizar actividad propia alguna para protegerlo) y que el garante pueda evitar el resultado mediante su intervención, lo cual hace surgir la expectativa de protección en el titular del bien jurídico[501].

Dentro del grupo podemos distinguir los siguientes casos:

a) Existencia de una estrecha vinculación familiar o afectiva: se encuentran en posición de garante los sujetos respecto de bienes con cuyo titular estén vinculados por una íntima o cercana relación de afecto, bienes que dependan fácticamente de aquellos. Así, los padres estarían en posición de garantes respecto de la vida e integridad física de su hija recién nacida. Por lo tanto, si ellos le niegan

de imputación objetiva, en la comisión por omisión el resultado debe coincidir con la exigencia de evitación, ya que dicho resultado puede ser producto de otro riesgo; además, surge un nuevo criterio de imputación objetiva: "[...] que el resultado sea concretización del deber de garante específico del sujeto" (1994b, p. 387).

499 Jescheck y Weigend (1996), pp. 621 y ss.; Mir Puig (2015), p. 327 –34–. Relativiza la distinción entre el deber de protección de un bien jurídico y el deber de control de una fuente de peligro, Mañalich (2014), pp. 242 y ss.

500 Armin Kaufmann expresa que la posición de garante se basa en la "especial relación vital" entre "el propio garante y el bien jurídico garantizado" (2006, p. 310). En general, habla este autor de "una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado" (p. 283).

501 En sentido similar, Mir Puig (2015), pp. 328 y ss. –38 y ss.–, especialmente marginal 39. Para Contreras, el "obligado a la protección responde por la realización de los peligros debido –precisamente– a que la confianza en el cumplimiento de la labor asumida ha llevado a la víctima a exponerse a ciertos riesgos o a rechazar la ayuda de otro, o al garante original –que ha reconocido una situación peligrosa– a prescindir de adoptar otras medidas de seguridad" (2017, p. 38).

el alimento a la niña, quien obviamente no puede procurárselo por sí misma, podrían responder por las lesiones o la muerte acaecida. En cambio, si el niño de once años pide a su madre algo de comer, estando en capacidad de tomar por sí mismo el alimento de la alacena, no se le imputaría a la progenitora que se niega a suministrar la comida la posible lesión de la salud del niño obstinado en no comer hasta ser atendido[502]. En este caso, no existe una dependencia fáctica del bien jurídico con relación al sujeto obligado.

b) Protección voluntaria de un bien jurídico: son garantes de los bienes que dependan fácticamente de ellos las personas que voluntariamente se han comprometido a su protección. Este supuesto abarcaría la antigua figura del contrato como fuente de la posición de garante, pero es más amplia que la existencia de un contrato como tal. Bastaría el simple compromiso voluntario de asumir la protección de un bien jurídico y que, a consecuencia de ello, ese bien pase a depender del sujeto obligado. *V. gr.*, el experto nadador que acepta enseñar a flotar en el agua a un niño de corta edad, está en posición de garante respecto del infante si este no sabe nadar.

Nuevamente, debo detenerme en el siguiente punto: al asumirse voluntariamente la protección del bien jurídico, este debe depender del sujeto obligado. Por ejemplo, el enfermero que debe suministrar un medicamento al paciente gravemente aquejado de salud deja de hacerlo por olvido o porque no le preocupa lo que le pueda suceder, sufriendo el enfermo un grave colapso por la falta de aplicación del fármaco. En este caso, como es fácil advertir, el enfermero se encuentra en posición de garante precisamente porque el paciente no puede valerse por sí mismo y lo necesita para recibir el medicamento. Por el contrario, en el supuesto de que el enfermo pueda tomar la medicina por sí solo, pero por su terquedad o por esperar a que el auxiliar médico cumpla con su deber profesional, no ingiere la vital medicina sufriendo, en consecuencia, un colapso, no podría hablarse de una posición de garante del asistente.

502 Afirma Hernández, citando la doctrina, que es más intenso el deber de protección respecto de los hijos cuando son pequeños que cuando crecen, así como es más intenso el deber del enfermero respecto del paciente grave con relación al que no lo está (2011a, pp. 31 y ss.).

c) Comunidad de peligro: hay actividades potencialmente riesgosas que se practican *necesariamente* de forma conjunta para que los intervinientes se ayuden mutuamente en caso de que se materialice el peligro en alguno de ellos. En tal caso, todos los participantes deben ayudar a la posible víctima[503]. Así, en la práctica del submarinismo a gran profundidad, si uno de los submarinistas tiene algún desperfecto con el tanque de oxígeno, los demás compañeros (garantes) deben socorrerle y tratar de evitar un mal mayor.

B) Posición de garante derivada del deber de control de una fuente de peligro

Este grupo se caracteriza por que el deber de garante no recae directamente sobre el bien jurídico sino sobre una fuente de peligro, es decir, un hecho, cosa o persona, peligrosos en sí mismos, que deben ser controlados por alguien para que de ellos no derive una lesión. En este caso, la relación de sujeción se basa en la circunstancia de que el peligro que representa el objeto, la persona o el hecho únicamente puede ser controlado, disminuido o eliminado por quien se encuentra en posición de garante.

Al respecto, se distinguen los siguientes supuestos:

a) Actuar precedente (injerencia): son garantes las personas que hayan causado un riesgo o un peligro relevante para un bien jurídico, de lo cual deriva el deber de evitar que aquellos degeneren posteriormente en una lesión o daño[504]. Desde mi punto de vista, en este supuesto es necesaria la existencia de un lapso prolongado de tiempo entre la creación del riesgo por parte del causante y la lesión, así como la respuesta afirmativa a la siguiente pregunta hipotética: *¿únicamente* el causante del riesgo podía evitar, *ex ante*, la futura lesión del bien jurídico?

503 Mir Puig (2015), p. 331 –48–.

504 Sin embargo, afirma Etcheberry, "si el daño efectivo sobreviene como consecuencia del riesgo creado por el agente, no puede decirse en verdad que provenga de la mera omisión de éste en limitar el riesgo, sino en su actividad positiva cuando lo creo" (1998, tomo I, p. 206). En contra de admitir la injerencia como fuente de garante, por todos, Politoff *et al.* (2004), pp. 203 y ss. Sobre los argumentos que niegan su adopción en Chile, y su crítica, *vid.* Izquierdo (2006), pp. 334 y ss. Para una reconstrucción de la injerencia, a partir de la existencia formal de un deber jurídico, Rojas (2021), punto 2.2.

Discute la doctrina cómo debe manifestarse la actividad previa que colocaría a la persona en posición de garante. Así, se descarta que la persona quede en posición de garante cuando el actuar precedente sea conforme a derecho o socialmente adecuado[505]. Dicho más claramente: el actuar precedente, la creación del riesgo previo, debe constituir un hecho antijurídico[506]. Por ejemplo, un sujeto conduce correctamente su vehículo automotor contra el cual colisiona un ciclista que circula imprudentemente. Si el conductor del vehículo huye del lugar sin socorrer al ciclista, muriendo este al cabo de un tiempo por la falta de atención oportuna, no respondería el chofer por lesiones u homicidio en comisión por omisión[507]. Por otro lado,

505 Jakobs (1995, p. 973 –30–: 1993, p. 803 –30–), aunque en otro trabajo afirma lo innecesario de que el acto precedente sea antijurídico: "[…] El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva". Jakobs (2000), p. 139. Y concluye este autor: "[…] parece que la regla 'quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento' es más acertada que la regla del comportamiento precedente antijurídico" (p. 140). En el mismo sentido, sostiene Van Weezel que la injerencia puede partir de un actuar permitido, concretamente de la creación de un riesgo especial –permitido– (2018a, pp. 783 y ss.).

506 Jescheck y Weigend (1996), pp. 625 y ss. Para Mezger, el actuar precedente debe ser antijurídico y su autor, al menos, actuar culposamente (1946, p. 303). No obstante, expone Mezger el caso del sujeto que cierra su casa de campo situada en un paraje apartado, cuyo teléfono solo permite la comunicación con su casa de la ciudad, sin percatarse que dejó encerrado a un hombre que se introdujo subrepticiamente. El invasor llama por el teléfono al dueño rogándole que le deje salir: "Incluso en tales casos no es posible dejar a un hombre en dicha situación por tiempo indefinido" (p.303). Y antes expresa Mezger: "[…] tampoco es posible en principio negar en estos casos dudosos *el deber* del sujeto de intervenir activamente, en tanto existiera la posibilidad de hacerlo". En mi opinión, al ser irrelevante jurídicamente el acto previo (cerrar la casa), el dueño que se niega a liberar al extraño solo podría responder por una omisión de socorro, en modo alguno por la privación ilegítima de libertad en comisión por omisión. En Chile, pareciera aceptar implícitamente la necesidad del carácter antijurídico del actuar precedente, por todos, Contreras (2017), pp. 18, 23 y ss. Para Cury, el actuar precedente debe ser antijurídico, aunque no típico (2011, p. 683).

507 Mir Puig (2015), p. 334 –59 y ss.–. Queda a salvo la discusión si concurriría, en todo caso, un tipo de omisión propia (en Chile, conforme a los artículos 176 y 195 de la Ley Nº 18.290 –Ley de Tránsito–).

la posición de garante en el caso de la injerencia no depende del aspecto subjetivo, sino exclusivamente del referido actuar antijurídico del autor. Basta el carácter contrario a derecho del hecho previo, independientemente de que este sea doloso o culposo, para que la persona quede en posición de garante[508].

La jurisprudencia chilena ha reconocido expresamente esta fuente de posición de garante en la paradigmática sentencia de la Corte Suprema de 4 de agosto de 1998 (caso "Chépica"). En dicho caso, se considera en posición de garante al sujeto que dispara contra la víctima creyéndose atacado por esta (lo cual califica la sentencia de "error de prohibición"):

"Con todo, para que un delito de acción como el homicidio pueda ser cometido mediante omisión, es preciso, en primer lugar, que el autor se encuentre en 'posición de garante' respecto al bien jurídico que está amenazado por la situación (en este caso la vida de la víctima); es decir, es necesario que él se encuentre situado en una postura que lo constituya en custodio de dicho bien jurídico, por estar en alguna de las constelaciones de casos que la doctrina ha ido consagrando como 'fuentes de la posición de garante'. Pues bien, en el caso 'sub lite' CCM se encontró precisamente en posición de garante de la vida de RV, porque con su conducta anterior había creado el riesgo que amenazó a la existencia de este último a partir del momento en que fue herido por un disparo del procesado […]. Que, en efecto, la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él el deber de actuar a fin de sustraerlo a los riegos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión […]. Esto es, justamente, lo acontecido en el caso de autos: al disparar contra V y herirlo, C se situó en posición de garante de la vida del lesionado y, al omitir por completo toda conducta salvadora, incurrió en el homicidio por omisión del occiso" (considerandos 14° y 15° de la sentencia de reemplazo).

Más allá de "haberse generado un riesgo", desde mi punto de vista, en el fallo citado en modo alguno queda clara la razón jurídica por

508 Al respecto, afirma Cury que "sólo pueden tenerse en cuenta conductas voluntarias. La negligencia no es suficiente" (2011, p. 683).

la cual el delito cometido (bajo un supuesto "error de prohibición"), mediante una acción (disparar y dejar malherida a la víctima), se transforma en un delito de omisión impropia solo por el hecho de no prestar auxilio. De seguirse esta argumentación, el agresor doloso que dispara contra su víctima siempre quedaría en posición de garante si esta no muere instantáneamente. Incluso, si aplicáramos el criterio de la causalidad para distinguir el tipo de acción del delito de omisión, habría que afirmar que el delito es de acción.

No obstante, sobre todo lo anterior expresa la sentencia comentada en sus considerandos 18°, 19° y 20°:

"18° [...] también quien ejecuta un acto no culpable –e, incluso, justificado– sabe que su conducta es, en general, injusta (reprobada por el derecho, anormal), y que sólo a causa de circunstancias especiales se encuentra disculpada –como en el caso de autos– o justificada –supuesto que concurriera, cosa que aquí no ocurre, una auténtica causal de justificación–. Por tal motivo, él se encuentra especialmente obligado a prestar atención a las consecuencias de su comportamiento y a evitar aquellas que pudieran conducir a la consumación de otro hecho típico.

19° [...] de los antecedentes del proceso brotan fundadas presunciones para afirmar que CM supo que, aún después de ser herido, RV proseguía vivo [...] hay motivos suficientes para deducir que CM se percató efectivamente de que su víctima vivía y de que, en consecuencia, existían aún posibilidades de prestarle un socorro que acaso podía evitar su deceso, no obstante lo cual, lejos de obrar en tal sentido, sólo pensó en ordenar a sus acompañantes que se alejaran prontamente y en darse él mismo a la fuga, sin dar aviso de lo ocurrido a las autoridades por intermedio de un tercero sino horas más tarde cuando, obviamente, ya nada útil podía hacerse por auxiliar a V.

20°.- Que, de lo expresado en el considerando precedente, puede también deducirse que C obró, por lo menos, con dolo eventual pues, habiéndose representado la posibilidad que V, todavía vivo, pudiera ser salvado, se abstuvo de adoptar las providencias necesarias para evitar el resultado letal, dejando todo al azar, esto es, sin manifestar voluntad impeditiva alguna".

b) Deber de control de objetos peligrosos que operan en el ámbito del propio dominio: existe el deber de evitar que los entes (no humanos) peligrosos bajo la custodia del obligado no produzcan una le-

sión o un peligro para un bien jurídico[509]. La persona que celebra en su casa una reunión familiar debe evitar que el perro peligroso, guardián de su propiedad, produzca algún daño a los invitados[510]. En este caso, el ente peligroso, el perro, debe depender fácticamente del autor, en el sentido de que la persona obligada sea la única que pueda controlarlo.

c) Deber de control sobre personas: existe el deber de control sobre personas que en sí mismas representan un peligro, circunstancia que podría originar una posición de garante. Este supuesto se refiere concretamente a personas que carecen de capacidad de autodeterminación[511], lo cual no debe confundirse con la inimputabilidad de la persona peligrosa. En efecto, si un inimputable es potencialmente peligroso existe el deber de control por parte de la persona encargada de su cuidado, pero no por la ausencia de responsabilidad de aquel, sino por su falta de autodeterminación. Por ejemplo, el enfermero del centro psiquiátrico que lleva de paseo a un paciente esquizofrénico agresivo a un parque cercano al centro de salud. Si dicho cuidador se limita a observar pasivamente cómo el delirante enfermo lanza piedras a los visitantes del parque, a quienes confunde con imaginarios enemigos, sin intervenir ni hacer algo al respecto, pudieran imputársele las lesiones ocasionadas por no haber controlado la fuente de peligro (el inimputable peligroso).

En los demás casos, debe precisarse hasta dónde existe en el inimputable un ámbito de actuación propia que pudiera calificarlo como autor del hecho (autodeterminación). En tal sentido, piénsese en el caso del padre que lleva a su hijo a jugar al parque y se queda observándolo mientras el infante lanza piedras contra los visitantes del lugar, sin impedir el acto. En caso de que resulte alguien lesionado, ¿debería imputarse dicha lesión al padre que cuidaba al niño y que observaba lo que ocurría sin haber hecho nada por evitar el daño? Desde mi punto de vista, la atribución del resultado al padre en ese supuesto depende de la concreta capacidad de autodeterminación del niño. Así, pudiera decirse que un niño de once años tie-

509 Mir Puig (2015), p. 337 –69–

510 *Vid.* Mir Puig (2015), p. 337 –70–.

511 En este sentido, Mir Puig (2015), pp. 337 y ss. –73–.

ne la suficiente capacidad de autodeterminación y discernimiento para excluir la responsabilidad del padre en comisión por omisión por las actividades lesivas de aquel. En cambio, si se trata de un niño de cuatro años, pudiera afirmarse que tal capacidad de autodeterminación no existe, y la lesión producida por él se atribuiría, en comisión por omisión, al padre que conversa descuidadamente mientras su hijo de corta edad causa el daño.

Igualmente, se plantea el supuesto de personas peligrosas, imputables, que se encuentran bajo la vigilancia de otras. Así, el conocido ejemplo del carcelero que se queda observando, sin intervenir, cómo uno de los condenados de alta peligrosidad se apresta a matar al nuevo convicto que llega a su celda. Al respecto, considero que no puede imputarse la muerte del nuevo recluso al vigilante, en comisión por omisión, ya que intervino un tercero imputable con autonomía de determinación, de forma tal que operaría una prohibición de regreso que excluiría al vigilante. No obstante, este podría responder por un delito de omisión de socorro, aparte de las infracciones administrativas respectivas.

Debe destacarse la tendencia a admitir la posición de garante sobre sujetos responsables en el ámbito de las empresas, en virtud de la cual se imputaría el acto del subordinado a la omisión del superior[512]. Aventurando una respuesta, sin un estudio más detallado del tema, la posibilidad de esa atribución podría radicar en que el inferior jerárquico no tiene una completa autonomía dentro de la estructura empresarial[513], a diferencia del convicto en el ejemplo mencionado *supra*.

5.2. Tipo subjetivo en la comisión por omisión

En el caso del tipo de comisión por omisión doloso, el *conocimiento* abarca *la posición de garante* y *la situación de peligro para el bien jurídico*. Con relación al obligado, conocer la posición de garante se traduce en *saber* que el bien jurídico o la fuente de peligro *dependen fácticamente*

512 Para la discusión dogmática, *vid.* Hernandez (2013), pp. 555 y ss.

513 En cuanto a esta justificación, Hernández (2013), pp. 559 y ss.

de él. Mientras que, en efecto, la segunda parte del conocimiento se refiere al propio peligro para el bien jurídico o al carácter peligroso del objeto o persona a su cargo, o del acto previo realizado.

No obstante, previamente afirmé que el dolo –según el Código Penal– no se limita exclusivamente al conocimiento del autor, sino además implica un elemento volitivo, querer la conducta y, en su caso, el resultado. En consecuencia, ¿puede hablarse de un elemento volitivo en el tipo doloso de comisión por omisión?[514].

Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa. Se requiere que el autor, a sabiendas de la existencia del riesgo, *no quiera* ejecutar la conducta debida o, dicho de otra manera, *quiera* realizar la acción contraria a la que se esperaba de él. Igualmente, el autor –al menos– debe aceptar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que sucederá por la ausencia de su acción (dolo eventual)[515].

El desconocimiento de la situación de peligro, o la creencia equivocada de que el resultado no ocurrirá, daría lugar a un error de tipo. Si el sujeto desconocía que el perro peligroso a su cargo, que mordió al visitante, estaba suelto en el jardín, o, a sabiendas de lo anterior, nunca pensó que el animal pudiera atacar a otra persona, incurriría en un error de tipo. Del mismo modo, si el autor considera que no están dadas las condiciones para actuar o que aún tiene un margen de tiempo para intervenir, o simplemente que la víctima puede evitar el resultado material por sí misma y no impide la lesión en razón de su equivocación, estaríamos también en presencia de un error de tipo: los padres que no dan de comer al hijo recién nacido, pues consideran que este podrá sobrevivir varios días sin alimento, hasta conseguir el dinero para la comida, produciéndosele una grave deshidratación al

514 Al respecto, expresa Bustos que en el tipo de omisión únicamente basta con el elemento cognoscitivo del dolo (1994b, p. 381; Bustos y Hormazábal (2016), p. 334). Por su parte, sostiene Gómez Benítez la necesidad del conocimiento y volición de la situación de hecho en el tipo de comisión por omisión, es decir, de la situación de garante (1992, p. 605).

515 La propia sentencia citada del caso "Chépica" admite el dolo eventual en la comisión por omisión: "20°.- Que, de lo expresado en el considerando precedente, puede también deducirse que CC obró, por lo menos, con dolo eventual pues, habiéndose representado la posibilidad que V., todavía vivo, pudiera ser salvado, se abstuvo de adoptar las providencias necesarias para evitar el resultado letal, dejando todo al azar, esto es, sin manifestar voluntad impeditiva alguna".

bebé, actuarían bajo un error de tipo vencible que acarrearía la presencia de un tipo culposo. Es evidente que los padres no "quieren" la lesión del hijo, pero su imprudencia impidió evitarla.

Por su parte, el desconocimiento del deber de intervenir acarrearía un error de prohibición: el autor sabe que el perro es peligroso y que él puede controlarlo, pero entiende que, por no responder penalmente los animales, la lesión que pueda causar carece de relevancia jurídica[516].

516 En este sentido, GARRIDO MONTT (2005), pp. 243 y ss.; similar, CURY (2011), pp. 680 y ss.

CAPÍTULO VIII:
TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN

1. Introducción

El Código Penal no solo castiga los delitos consumados, también aquellos que concluyen en etapas anteriores: los llamados tipos de tentativa y de frustración (tipos de imperfecta realización). Se denominan de imperfecta realización en razón de que el delito consumado constituye el arquetipo, el modelo ideal creado por el legislador[517]. Por ejemplo, en el delito de homicidio se hace referencia al hecho de producir la muerte, no al simple intento: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, *mate* [...]" (art. 390 del CP –cursivas mías–); "El que *mate* a otro [...]" (art. 391 del CP [énfasis añadidos]).

Por lo tanto, la tentativa y la frustración constituyen tipos "imperfectos" con relación a la figura ideal del delito, el tipo consumado[518]. Sin embargo, en virtud de disposiciones de la parte general del Código Penal, la punibilidad se extiende también al intento delictivo. De no existir normas semejantes, quedaría impune el hecho previo a la consumación.

Distingue el Código Penal, como formas de imperfecta realización, la tentativa y la frustración (art. 7°). En la doctrina moderna se utiliza la palabra tentativa como sinónimo de delito imperfecto, y dentro de ella se distingue la tentativa acabada y la tentativa inacabada. No obstante, seguiré la terminología utilizada por el Código Penal.

---

517 Así, afirma Künsemüller que los "tipos delictivos que componen la Parte Especial se describen como hechos consumados" (2012a, p. 368).

518 Para Cury, se trata de un tipo formalmente "subordinado" al precepto consumado de la parte especial (1977, pp. 26 y ss.; similar, 2011, p. 550). Al respecto, *vid.* Mañalich (2017a), pp. 475 y ss. –especialmente, 478 y ss.–.

Por otra parte, el Código Penal limita el castigo del delito imperfecto a las modalidades dolosas. En efecto, el artículo 7° alude repetidamente al "crimen o simple delito", excluyendo implícitamente al cuasidelito.

2. Fundamento de la punición del delito imperfecto

Las teorías que explican el castigo del delito imperfecto pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

- Teorías objetivas, según las cuales el delito imperfecto se castiga porque representa un peligro para el bien jurídico[519]. Las consecuencias principales de la aplicación de esta doctrina serían: a) diferencia de punibilidad entre el delito consumado y el delito imperfecto[520]. Inclusive, dentro de este pudiera distinguirse la pena por el simple comienzo de ejecución ("tentativa", en el CP), y la pena por la culminación de los actos ejecutivos que, sin embargo, no han podido consumar el tipo penal ("frustración", según el CP). A mayor aproximación a la lesión del bien jurídico, mayor cantidad de pena; b) impunidad de la llamada tentativa inidónea, precisamente por la falta de peligrosidad para el bien jurídico[521].
- Teorías subjetivas, que sustentan la punibilidad del delito imperfecto bien en la peligrosidad del autor (el sujeto demuestra una voluntad

519 Farré (1986), p. 6. Así, expresa la STC: "[…] la tentativa no es distinta a la consumación del delito, por cuanto, la primera conduce, inexorablemente a la consumación de la hipótesis criminal, y que por consiguiente es una actividad previa que pone en peligro el bien jurídico protegido" (sentencia Rol N° 5016-2018, de 17 de julio de 2019, considerando vigésimo sexto, v/lex). Igualmente, se expresa en un voto en contra de una sentencia de la Corte Suprema: "Del mismo modo que no es tentativa de homicidio tener en el bolsillo un arma de fuego cargada, creen los disidentes que no es tentativa del delito de hacer circular billetes similares a los de curso legal y por lo que se condenó al recurrente, guardar en un bolsillo del pantalón billetes falsos, cuya circulación efectiva en el mercado colma el tipo penal respectivo. En efecto, no existe en tal caso una real puesta en peligro del objeto jurídico de protección, fundamento de la tentativa punible" (causa N° 39671/2017 (nulidad), Resolución N° 16 de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 9 de noviembre de 2017, considerando décimo (voto en contra) v/lex).

520 Farré (1986), p. 7.

521 Farré (1986), pp. 6 y ss.

contraria al ordenamiento jurídico y por ello debe castigarse)[522] o bien en la imposibilidad de distinguir las contribuciones al delito en un plano objetivo[523]. Las consecuencias sustanciales de la aplicación estricta de este grupo de teorías son: a) punibilidad general de los actos preparatorios[524], dado que desde el punto de vista subjetivo no existe razón para distinguirlos del comienzo de ejecución del delito. Así, por ejemplo, no habría necesidad de diferenciar entre comprar el arma que se utilizaría para cometer un homicidio y la comisión efectiva de este, ya que en ambos casos se obra con la intención de matar; b) falta de diferenciación del *quantum* de la pena según los grados del *iter criminis*[525]. Siguiendo con el ejemplo, si el aspecto subjetivo del delito al comprar el arma es similar al que se tiene cuando se persigue a la víctima o al dispararle, no tendría sentido diferenciar la cuantía de la pena en esas diversas etapas; c) innecesaria distinción entre la tentativa idónea e inidónea, ya que no sería relevante penalmente la posibilidad de que la conducta logre la consumación. Únicamente lo sería la intención del autor y, a nivel subjetivo, sería similar que el autor intente matar a la víctima con una dosis insuficiente de veneno o con una cantidad adecuada para tal fin[526]. Ello explicaría la equivalencia entre ambas formas de actuación y, por ende, de su punibilidad; d) castigo de la tentativa absolutamente inidónea, ya que lo esencial sería sancionar la voluntad criminal del sujeto[527]. Por ejemplo, intentar matar a alguien mediante rezos o conjuros evidenciaría la intención delictiva.

- Teorías mixtas, dentro de las cuales pueden mencionarse la *teoría de la impresión* y la *teoría de la unificación*. La primera fundamenta el castigo del delito imperfecto en la manifestación de la voluntad cri-

522 Farré (1986), p. 12.

523 Para Bacigalupo, esta posición se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones: "[…] si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción posible en el plano objetivo: es preciso entonces recurrir al subjetivo" (1997, p. 337). Sobre las distintas formas de fundamentar ideológicamente la teoría subjetiva, *vid.* Farré (1986), pp. 12 y ss.

524 Bustos (1994b), p. 413.

525 Ídem.

526 Bustos (1994b), p. 413; Farré (1986), p. 17.

527 En este sentido, Bacigalupo (1997), p. 337.

minal del autor, en su voluntad de infringir la norma de conducta y, a su vez, en la afectación de la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad y la paz jurídicas[528]. Entre las consecuencias de esta teoría se mencionan las siguientes[529]: a) castigo de los actos preparatorios cuando causen conmoción; b) lógicamente, la no distinción entre la pena de la tentativa acabada (frustración) y la del delito consumado, aunque pudiera admitirse una atenuación facultativa en el caso de la tentativa inacabada (tentativa propiamente dicha); c) admisión de la punibilidad de la tentativa inidónea solo cuando cause conmoción, lo cual acarrearía la impunidad de la tentativa irreal[530]. Por su parte, según la *teoría de la unificación* de Roxin, el delito imperfecto se castiga por razones de prevención general o especial, que derivan en principio "de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo"[531]. En este sentido, sostiene Roxin que esta forma de delito lesiona la paz pública[532].

Tanto la teoría de la *impresión* como la teoría de la *unificación* parecieran sostener que los tipos de imperfecta realización lesionan un bien jurídico como el "orden público" o la "confianza en el Derecho", intereses distintos al que efectivamente persigue dañarse (*v. gr.*, la vida, integridad física, etc.). Es decir, se castiga el delito intentado por lo que este supone para un bien jurídico supraindividual, más allá del bien concretamente afectado.

Personalmente, considero que el castigo del delito imperfecto se justifica por el peligro de la conducta, pero entendido desde un punto de vista *ex ante*[533]. Es decir, no se trata de castigar porque exista únicamente la mani-

528 Jescheck y Weigend (1996), p. 514.

529 Bustos (1994b), p. 414; Mir Puig (2015), p. 348 –15 y ss.–; Jescheck y Weigend (1996), p. 515.

530 Sobre la crítica a la teoría de la impresión y la punibilidad de la tentativa inidónea, *vid.* Alcácer (2000), pp. 259 y ss.

531 Roxin (1998b), p. 258; (2003), p. 333 –1–, y 362 –102–; (2014), pp. 434 –1 y ss.–, y 466 –102–.

532 Roxin (1998b), p. 265.

533 Carnevali pareciera aludir al peligro como fundamento de la tentativa punible, considerado tanto desde un punto de vista *ex ante* como *ex post* (2009a, pp. 96 y ss.).

festación de contrariedad a la norma, sino porque la infracción implica un auténtico *peligro ex ante* para el bien jurídico. Tal consideración constituye un dato objetivo, al margen de las creencias o percepciones particulares del autor o de la impronta que el hecho deje en la colectividad. De allí que el análisis deba partir de la infracción normativa por parte del autor y, adicionalmente, determinar el peligro objetivo que conlleva dicha infracción desde un punto de vista *ex ante*. Consecuentemente, podría atenuarse la pena según el grado menor de la desobediencia normativa y la menor probabilidad de peligro (*ex ante*).

La asunción de la perspectiva *ex ante* del peligro se basa en el fin de prevención general que persigue la pena. Si esta última pretende influir en las personas mediante la amenaza, a fin de evitar la comisión de un delito, entonces esa incidencia solo puede ser analizada en función del momento de realización de la conducta a la cual se pretende intimidar y motivar.

3. Actos preparatorios y comienzo de ejecución

Una vez que se ha resuelto cometer el hecho punible y se exterioriza dicha resolución, se puede distinguir, en el *iter criminis*, entre un acto preparatorio y el comienzo de ejecución[534]. El primero, como su nombre lo indica, implica preparar el delito, realizar actos que tienen como fin último su ejecución (comprar el arma con que se cometerá el homicidio, estudiar la rutina diaria de la persona a quien se secuestrará más adelante, etc.). No obstante, analizados objetivamente, podría afirmarse que esos actos son equívocos con relación al fin delictivo que se persigue. Es decir, de su sola realización, y desde un punto de vista objetivo (abstracción hecha de la posible intención criminal), no puede desprenderse *indudablemente* la realización del crimen. La compra del arma en sí misma puede obedecer al afán coleccionista del comprador, o el seguimiento de la persona a la obsesión de un admirador ilusionado.

El acto preparatorio en principio resulta *impune*, salvo que el legislador excepcionalmente lo haya tipificado como delito (*v. gr.*, la asociación delictiva prevista en el artículo 292 del Código Penal, así como los supuestos de conspiración y proposición del artículo 8° del Código Penal que

534 Mir Puig (2015), p. 346 –5–.

se castigan cuando la ley lo dispone expresamente)[535]. Igualmente, puede tratarse de un delito consumado que sirve como medio para la ejecución de otro futuro crimen, como sería el caso de quien secuestra a una persona (acto preparatorio) para matarla al día siguiente. En cambio, el acto ejecutivo resulta *punible* en principio, salvo que el legislador haya expresado lo contrario, casos estos últimos de los delitos culposos (art. 7° del CP, encabezamiento) y las faltas (art. 9° del CP).

Como se apreciará *infra*, punto central del *iter criminis* será la distinción entre el acto preparatorio y el comienzo de ejecución, inicio este último que marcará precisamente la punibilidad del hecho.

4. Tipo de tentativa

Según el artículo 7° del Código Penal, hay tentativa "cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

4.1. Tipo objetivo

Su configuración exige como primer elemento el *comienzo de ejecución*, y un segundo requisito que se traduce en la *falta de realización de todo lo necesario* para consumar el delito (por causas independientes de la voluntad del autor).

Para determinar el *comienzo de ejecución* del tipo penal y, por lo tanto, distinguirlo del acto preparatorio en principio impune, se esgrimen las siguientes teorías[536]:

a) La *teoría objetivo-formal* sostiene que es un acto ejecutivo aquel que realiza el comportamiento exigido en el verbo rector del tipo penal (matar, apropiarse, yacer, etc.)[537]. Por ejemplo, en el caso del homicidio, se iniciaría la ejecución "cuando se comienza a matar".

535 Al respecto, Mir Puig (2015), p. 346 –5–.

536 Mir Puig (2015), pp. 356 y ss. –49 y ss.–.

537 Bustos (1994b), p. 419; Farré (1986), p. 156. Con relación al comienzo de ejecución, parecieran sostener una teoría objetivo-formal, Muñoz Conde y García Arán (2015), pp. 445 y ss.: "[...] sólo una teoría que respete el sentido literal de la acción

Se le critica a esta posición que su aplicación restringiría considerablemente el ámbito de punibilidad[538]. Volviendo al ejemplo del homicidio, ¿comenzaría la muerte cuando el autor jala el gatillo o cuando la bala hace contacto con el cuerpo de la víctima, o, solamente, cuando comienza el proceso de destrucción de órganos vitales? Por otra parte, esta teoría comporta una tautología e indeterminación importantes, ya que, por ejemplo, habría comienzo de ejecución del homicidio "cuando se empieza a matar", siendo precisamente la pregunta: ¿cuándo efectivamente se comienza a matar?[539].

b) Según las llamadas teorías *objetivo-materiales*, existe un acto ejecutivo cuando el autor al menos pone en peligro el bien jurídico, yendo desde un peligro general propio del acto preparatorio a un peligro concreto[540]. Igualmente, se incluye dentro de esta corriente la tesis sostenida por Frank según la cual existe comienzo de ejecución cuando la actividad previa a la propia acción típica se encuentra necesariamente unida a esta "según la concepción natural"[541].

c) Opuestas a lo anterior, se ha sostenido el inicio de la ejecución delictiva mediante teorías *subjetivas* que, sin renunciar a la necesidad de exteriorización del hecho punible, han fundamentado la distinción entre el acto preparatorio y el ejecutivo en la actitud interna del autor (voluntad contraria al derecho, peligrosidad del autor, etc.)[542]. Estas teorías han afirmado el comienzo de ejecución según la intención antijurídica se reconozca de cualquier actividad del autor (teoría subjetiva extrema)[543], o cuando de la actuación se desprende la intención de cometer un delito concreto (teoría del *dolus ex-re*)[544], o si la resolución delictiva no solo se refiere a un delito concreto, sino que además se manifiesta como firme, irrevocable o invaria-

típica respeta el principio de legalidad" (p. 446). Igualmente, en Chile, Mera (2011), pp. 144 y ss.

538 Bustos (1994b), p. 419; Farré (1986), pp. 158 y ss.

539 Así, Farré (1986), p. 158; Mir Puig (2015), pp. 356 y ss. –52 y ss.–.

540 Farré (1986), p. 165. Crítico de esta teoría, Bustos (1994b), p. 420.

541 Farre, (1986), p. 163.

542 Farre, (1986), p. 145.

543 Ídem.

544 Farre, (1986), p. 146.

ble[545]. Como consecuencia de estas concepciones podría derivarse la desaparición de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, aunque revelan la importancia del llamado "plan del autor"[546].

d) Teoría objetivo-subjetiva u objetivo-individual: combina el criterio subjetivo (plan del autor) con la inmediatez de ejecución de la voluntad criminal. Así, "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo [...]. Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.) [...]. A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica"[547].

Considero que esta última teoría "objetivo-subjetiva" u "objetivo-individual" es la más acertada. La determinación del comienzo de ejecución delictivo debe partir de responder a *cómo* el autor del delito *quería realizar* el hecho punible, es decir, cuál era su *plan de ejecución*[548]. Una vez establecido el plan, se precisará si el último acto realizado por el autor se encuentra en una relación de *inmediatez temporal* con el comportamiento literalmente descrito en el supuesto de hecho típico, condición requerida en el Código Penal al referirse a "hechos directos"[549].

El dato objetivo por sí solo no revela el *fin perseguido* por el autor, elemento este último esencial en la tentativa[550]. En efecto, no es lo mismo

545 Farré, (1986), p. 148.

546 Farré, (1986), pp. 155 y ss.

547 Welzel (1993), p. 224; en igual sentido, Bustos (1994b), p. 420.

548 Así, Cury (1977), p. 67; (2011), p. 560; Garrido Montt (1984), p. 118; (2005), p. 359; también toman en cuenta el plan del autor para determinar el "peligro para un bien jurídico concreto" (según un tercero imparcial), Politoff *et al.*(2004), p. 379.

549 Para Etcheberry, dicha referencia se vincula a la exigencia del dolo directo en la tentativa (1998, tomo II, p. 64). Por su parte, Garrido Montt relaciona el carácter directo del acto con su idoneidad (1984, p. 120; 2005, p. 360). Sobre los variados usos de la expresión legislativa "hechos directos", *vid.* Londoño (2016), pp. 121 y ss.

550 Una variante de la combinación entre un aspecto subjetivo ("resolución al hecho") y el objetivo (acción intermedia traducida en "oportunidad para la acción" –inmediatez–), en el ámbito de una teoría de la norma, la desarrolla amplia y detalladamente Mañalich en (2019a), pp. 832 y ss.; (2021b), puntos 1.2 y 1.3; (2022), pp. 33 y ss. (entre otros trabajos).

sacar el arma de su funda y apuntar a la víctima para dispararle inmediatamente, que apuntarla con el solo fin de intimidarla. El aspecto objetivo del hecho (apuntar a la víctima) es exactamente igual, pero la intención (plan) del autor varía. Como demostró Welzel en su día, es en el delito imperfecto (tentativa) donde se evidencia que el dolo forma parte del tipo penal[551].

El *segundo requisito* para la configuración del tipo objetivo en la tentativa consiste en que el autor *no haga todo* lo necesario para consumar el delito. En este caso, faltarían "hechos directos [...] para su complemento". Al respecto, cabe preguntar cuándo el autor no ha hecho todo lo necesario para la consumación. Desde mi punto de vista, conociendo previamente el plan del autor[552], ello ocurre cuando aún depende de él continuar o detener la ejecución comenzada[553]. Siempre que esta siga "en manos" del autor, según su plan, estaremos necesariamente en la fase de tentativa: todavía no se ha completado todo lo necesario para la consumación.

Además, la falta de realización de todo lo necesario para consumar el tipo *debe responder a causas ajenas a la voluntad del autor*, requisito que el Código Penal solo exige para el supuesto de frustración pero que implícitamente cabe respecto de la tentativa[554]. En efecto, la frustración como modalidad de delito imperfecto contiene la tentativa; esta es un *minus* respecto de aquella, de allí la aplicación del referido requisito. Por lo tanto, en principio no habría tentativa punible si la falta de continuidad en la ejecución del hecho obedece a la propia voluntad del autor. En este supuesto, podríamos estar ante un desistimiento de la tentativa, como veremos en el punto 7.

551 Welzel (1993), p. 73.

552 Así, Mir Puig (2015), p. 362 –70–.

553 Al respecto, expresa la Corte Suprema: "[...] si falta algún suceso que dependa del hechor estaremos frente a una acción tentada, pues tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 7°, hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento" (causa Rol N° 1779-2010 (casación), Resolución N° 40565, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 26 de octubre de 2010, considerando tercero –v/lex–).

554 Consideran que este requisito expreso de la frustración también se aplica a la tentativa, aun cuando no se exige expresamente, Vargas y Piña (2012), p. 13; Vargas (2011), p. 288.

4.2. Tipo subjetivo

El dolo en la tentativa exige que el autor conozca y quiera lo que hasta ese momento ha realizado y, como elemento subjetivo adicional, se exige que tenga la voluntad de continuar el hecho hasta su consumación[555].

Igualmente, el tipo subjetivo de la tentativa puede traducirse en el dolo eventual del autor[556]. Por ejemplo, el conductor que maneja a exceso de velocidad sin importarle atropellar a los peatones que cruzan la calle correctamente, sería autor de un delito en grado de tentativa con dolo eventual, si no ocurre arrollamiento alguno. En este caso, el tipo a imputar en grado

555 Así, Cobo y Vives (1999), pp. 727 y ss.; Mir Puig (2015), p. 363 –76–. En la doctrina chilena, similar Politoff (1999), pp. 150 y ss. Considera que no existe un dolo de tentativa, Cury (2011), p. 562 (opinión semejante sostiene este autor, aunque con algunos matices, en 1977, pp. 93 y ss.); parecido, Garrido Montt (2005), pp. 349 y 351 y ss. –especialmente p. 353, donde niega que concurra un elemento subjetivo del tipo adicional– (también, 1984, pp. 129 y ss., y 132). Vargas opina que la tentativa requiere el dolo del delito consumado (2011, pp. 288 y ss.). Afirma la SCS: "[...] en rigor, el dolo de tentativa o frustración es, a veces, equivalente al de consumación" (causa Rol Nº 17714-2016 (nulidad), Resolución Nº 240632, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 5 de mayo de 2016, considerando décimo octavo –v/lex–).

556 En este sentido, Luzon Peña (2016), p. 242 –82–; Muñoz Conde y García Arán (2015), pp. 451 y ss.; Garrido Montt (1984), pp. 133 y ss.; (2005), p. 352; Mañalich (2017a), p. 484; (2017b), pp. 175 y ss.; Naquira (2017), pp. 52 y ss.; Modolell (2021b), pp. 186 y ss.; Navas (2022), p. 283. En contra, Cury (2011), p. 562; similar (1977), pp. 96 y ss.; Etcheberry (1998), tomo II, p. 64; Bullemore y McKinnon (2022), p. 264 y, respecto a la frustración, p. 268. Sobre el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de este problema en Chile, *vid.* Londoño (2016), pp. 101 y ss. (ya antes, 2015, pp. 234 y ss.). Concretamente, en cuanto a la jurisprudencia opuesta a admitir la compatibilidad del dolo eventual con el delito imperfecto, *vid.*, entre otras, causa Rol Nº 19008-2017 (nulidad), Resolución Nº 19.008-2017, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal) de 11 de julio de 2017 –v/lex– (importantes comentarios críticos a dicha sentencia: Mañalich (2017b), *passim*; Londoño (2020), pp. 416 y ss.); en la misma línea, afirma el siguiente voto en contra de otra sentencia: "[L]a figura de tentativa requiere también de un elemento subjetivo, conformado –según la opinión doctrinaria y jurisprudencial nacional hasta ahora dominante– por el dolo directo" (causa Rol Nº 39671-2017 (nulidad), Resolución Nº 16, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 9 de noviembre de 2017, considerando décimo, voto en contra –v/lex–); igualmente, sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 134189-2020, de 17 de febrero de 2021, comentada en Modolell (2021b). Sobre un análisis detallado de esta última sentencia, *vid.* Mañalich y Olave (2021), *passim*. Sin embargo, en decisión posterior, el máximo tribunal reconoce la conciliación de la tentativa con el dolo eventual (SCS, Rol Nº 40795-2022, de 23 de noviembre de 2022, pp. 9 y ss.).

de tentativa dependería del dolo del conductor, es decir, del posible resultado por él previsto y aceptado. En efecto, pudiera pensarse que, en razón del principio *in dubio pro reo*, en este caso el autor respondería por una tentativa de lesiones, ya que no podría asegurarse que el posible arrollamiento intentado (con dolo eventual) acarrearía necesariamente la muerte del peatón. Sin embargo, como se desprende de lo afirmado a lo largo de este capítulo, lo que califica el tipo de tentativa, además de la aptitud del acto realizado, es el propio dolo del autor.

5. Tipo de frustración

El artículo 7º del Código Penal, en su inciso primero, expresa que hay frustración "cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad".

5.1. Tipo objetivo

El tipo objetivo de la frustración exige, aparte del comienzo de ejecución, que el autor haya hecho todo lo necesario para consumar el delito. Ya anteriormente me referí al momento del comienzo del tipo penal, por lo tanto, vale lo dicho al respecto. En cuanto al segundo elemento, considero que el autor "pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume" cuando, según su plan[557], ha cesado su actividad y la materialización del resultado va a depender de sí misma o de un hecho ajeno al propio autor: la producción del resultado material escapa de su dominio. De tal manera, solo cabrá frustración en los tipos penales que requieran para su perfeccionamiento un hecho distinto de la propia conducta del autor, cuya realización no se confunde con esta[558]. Es decir,

557 Jakobs (1993), p. 748 –15–; Bacigalupo (1997), p. 348. Para Cury, el "sujeto ha ejecutado toda la acción cuando, desde el punto de vista de su representación, con el conocimiento de que dispone en el momento de obrar, ésta se encuentra concluida" (2011, p. 565; similar, 1977, pp. 83 y ss.).

558 En este sentido, Politoff *et al* (2004), p. 383; al respecto, Matus y Ramirez (2019), p. 229. Igualmente, consideran que la frustración solo es posible en delitos de resultado, por todos, Cury (2011), p. 565; Mera (2011), p. 161; Vargas (2011), p. 290.

la consumación se dará por sí sola una vez que la actividad del autor haya concluido; de allí que deberá existir una separación espacio-temporal entre la conducta y el resultado (tipo de resultado material). Por ejemplo, para la consumación del delito de homicidio no basta que el autor dispare, también es indispensable la muerte de la víctima como un hecho distinto de su conducta. El resultado muerte escapa al control del autor una vez que este "ha tirado del gatillo". A su vez, si la sola conducta del autor configura el tipo penal (tipos de mera actividad), resultaría ilógico hablar de frustración[559].

Sin embargo, aún no se entra en el ámbito de la frustración por el solo hecho de que el autor haya cesado su actividad para consumar el delito. Por tanto, aparte de la culminación de su conducta, de acuerdo al plan, es indispensable para que concurra la frustración que exista un *peligro concreto* para el bien jurídico.

5.2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo del delito de frustración coincide totalmente con el del respectivo delito consumado[560], por lo tanto, todas las consideraciones expresadas con relación al dolo son aplicables a este punto. No obstante, cabe aclarar que también el dolo eventual es compatible con el tipo de

559 Niegan la frustración en los tipos de mera actividad, por todos, OLIVER (2013), pp. 122 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 211. Sobre sentencias de la Corte Suprema que admiten la frustración en delitos de mera actividad, *vid.* RAMÍREZ (2005), pp. 136 y ss. Al respecto, analizando las sentencias sobre violación y hurto, considera esta autora que el razonamiento técnico de las mismas se basa en el artículo 7° del Código Penal, de cuyo tenor literal se desprende que la frustración se refiere a la consumación del delito y no a la producción del resultado; por lo tanto, "estas sentencias le estarían dando cabida al artículo 7 inciso segundo, en los delitos de mera actividad, cuando se encuentra el sujeto activo llevando a cabo la última etapa de ejecución de la conducta y se interrumpe en el punto que de haberla concluido no habría requerido de la realización de un acto posterior para su consumación" (p. 141). En este sentido, admite la posibilidad de frustración en los delitos de mera actividad, Vera Sánchez, para quien aquella se diferencia de la tentativa en el número de actos de ejecución requeridos (2008, p. 248): "Si se relaciona la frustración con la consumación más que con un resultado, nada impide que la primera pueda darse en los delitos de mera actividad" (p. 255). Igualmente a favor de la frustración en esa clase de tipos penales, OLAVE (2018), p. 194. También, con referencia al delito de violación, BULLEMORE y MCKINNON (2022), p. 284.

560 MIR PUIG (2015), p. 363 –77–.

frustración. Así, el pistolero que a gran distancia dispara desde un auto en movimiento contra la muchedumbre, "a ver si acierta", respondería por un homicidio frustrado en caso de no matar a alguien.

6. TENTATIVA INIDÓNEA (TIPO IMPERFECTO INIDÓNEO)

6.1. Definición

La tentativa inidónea alude a la conducta que, apreciada desde un punto de vista *ex post*, carece de aptitud para lograr la consumación del hecho[561]. Si bien se afirma que vistas *a posteriori* todas las tentativas serían inidóneas, precisamente porque no lograron producir la consumación del hecho, la tentativa inidónea se caracteriza por que, evaluando posteriormente todas las circunstancias del acto, se puede concluir que desde el comienzo de su ejecución o durante ella, existía una *imposibilidad objetiva* de consumar el delito[562]. Ejemplo: un grupo de asaltantes entra a una joyería con el fin de sustraer las joyas más valiosas guardadas en una caja fuerte. Al abrirla, descubren que allí no están esas joyas, pues el dueño del negocio ese día las había llevado a su casa para limpiarlas. Nótese que el delito nunca habría podido realizarse, pero tal circunstancia solo es conocida posteriormente por los delincuentes.

6.2. Fundamento del castigo de la tentativa inidónea

Las razones para el castigo de la tentativa inidónea van desde la manifestación de la voluntad criminal, incluyendo la peligrosidad del autor y la simple infracción del ordenamiento jurídico, hasta aludir al propio peligro del acto inidóneo para el bien jurídico[563]. Desde mi punto de vista, la tentativa inidónea representa un peligro para el bien jurídico, aunque se debe precisar si ese peligro se valora desde un punto de vista *ex post* o *ex ante*.

561 Crítico de la distinción entre tentativa idónea e inidónea, especialmente de la perspectiva *ex post* para determinar el referido carácter inidóneo de la tentativa, por todos, MAÑALICH (2019b), pp. 322 y ss.; 330 y ss.

562 Así, MIR PUIG (2015), pp. 364 y ss. –81–.

563 *Vid.* ALCÁCER (2000), pp. 17 y ss.

Un primer camino para fundamentar la sanción penal de la tentativa inidónea partiría de atribuirle una peligrosidad *ex ante* a la conducta. En tal sentido, esta solo se castigaría cuando, según el punto de vista de un observador imparcial situado en la posición del autor, la conducta manifestada era peligrosa (perspectiva *ex ante*), aunque *ex post* se determine que no era posible que esa conducta pudiera consumar el delito[564]. El ejemplo de los asaltantes de la joyería sería un verdadero caso de tentativa inidónea punible, ya que *ex ante* cualquier persona media situada en la posición del autor hubiese dado por descontado el éxito de la conducta, aunque solo *ex post* se haya conocido la circunstancia del retiro de las joyas por parte del propietario: concurre la idoneidad (*ex ante*) de la conducta de los asaltantes de la joyería. Ahora bien, si el peligro se descarta totalmente *ex ante*, la tentativa inidónea no podría castigarse[565]. Por lo tanto, quien trata de matar a otro a través de "conjuros" o "rezos" no puede ser castigado, ya que su conducta objetivamente (considerada *ex ante*) no representa peligro alguno para el bien jurídico[566].

Obviamente, el *iter criminis* debe analizarse "desde" la conducta "hacia" el resultado, contraponiendo la percepción concreta del autor con aquello que un hombre medio hubiese previsto de estar en su posición. Se trata de datos objetivos que califican el carácter peligroso, *ex ante*, de la conducta. La fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea en la peligrosidad *ex ante* de la conducta se vincula con la función motivadora del derecho penal. Como expresé *supra*, si el derecho penal para proteger bienes jurídicos debe amenazar con la aplicación de una pena (función de prevención general negativa), el criterio determinante para la imputación de un hecho a su autor debe abarcar lo que este tuvo en cuenta, o debió tener en cuenta, al momento de la realización de su conducta. Solo hasta ese momento el autor es motivable con relación al hecho concreto que ejecuta.

Otra forma posible de fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea la desarrollé en mi tesis doctoral[567]. Según ella, todo delito requiere un

564 Sostiene este criterio, Mir Puig (2015), pp. 365 y ss. –83 y ss.–.

565 Similar en lo que se refiere al juicio *ex ante* y la llamada tentativa inidónea absoluta, Politoff y Matus (2002), p. 78.

566 Fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea en la peligrosidad *ex ante*, Alcacer (2000), pp. 220 y ss.; igualmente, pp. 357 y ss.

567 Modolell (2001), pp. 243 y ss.

desvalor de acción y un desvalor de resultado, por lo tanto, implica tanto una lesión o peligro para el bien jurídico como una infracción a la norma. De allí que también la tentativa inidónea punible debiera reunir ambas características. Ahora bien, ¿cómo se determina el desvalor de resultado en un tipo en el cual pareciera no concurrir dicho resultado, si este se entiende como una lesión o peligro para el bien jurídico protegido? Al respecto, sostuve en su momento que debería acudirse al criterio del peligro estadístico[568], conjuntamente con la distinción entre tentativa inidónea absoluta y la relativa[569]. Así, el hecho ocurrido debe ser repetido (hipotéticamente) hacia el futuro, sabiendo lo que ocurrió, de tal forma que si (hipotéticamente) al modificar ligeramente las circunstancias (de tiempo, modo o lugar) se concluye que el resultado típico pudo haberse producido, estaríamos entonces ante una tentativa inidónea relativa (punible)[570]. En el ejemplo de los ladrones que entran a la joyería, al variar teóricamente las circunstancias de tiempo, debemos afirmar que hubiese podido consumarse el delito, ya que momentos antes las joyas aún estaban en la bóveda. Ello determina que el hecho sea relevante y que, por tanto, existe un desvalor de resultado en la tentativa inidónea punible. Adicionalmente, a los fines de analizar el desvalor de acción, debe precisarse posteriormente si la conducta era peligrosa desde un punto de vista *ex ante*; en el ejemplo, si una persona media situada en la misma posición de los asaltantes creería que las joyas estaban en la caja fuerte[571].

Según lo anterior, habría dos clases de tentativas: la tentativa inidónea absoluta y la tentativa inidónea relativa (Feuerbach). La primera se caracteriza porque ni variando levemente las circunstancias hubiese podido producirse el resultado, como sería el caso de tratar de matar a alguien de buena salud dándole un vaso de agua. La tentativa irreal sería una forma de tentativa inidónea absoluta, como el mencionado caso de quien preten-

568 Además, esta forma de entender la tentativa inidónea atribuye a esta el carácter de tipo de peligro abstracto. Sobre esto, *vid.* Mir Puig (2015), pp. 365 y ss. –83–.

569 Para la crítica a esta distinción, Alcacer (2000), pp. 136 y ss. Sostiene dicha diferenciación, Garrido Montt (2005), pp. 379 y ss.

570 Pareciera acoger un criterio similar para el castigo de la tentativa inidónea (relativa), Villegas (2016), p. 30; también, Novoa (1985), tomo II, p. 155 (*vid.*, igualmente, pp. 148 y ss.).

571 En decir de Alcácer, peligrosidad objetiva *ex ante* no es igual al referido peligro estadístico (2000, p. 236).

de matar a otro mediante rezos o conjuros. Por más intensos que sean los rezos, el delito nunca podría realizarse. Por su parte, la tentativa inidónea relativa se distingue en que una *variación ligera* de las circunstancias (tiempo, espacio, objeto de ataque o medio utilizado) hubiese conducido al muy posible éxito de la conducta[572]. En el caso de los asaltantes de la joyería, de haber llegado un poco antes habrían consumado el hurto: el objeto existe, y una ligera variación de las circunstancias hubiese permitido perfeccionar el delito. Otro ejemplo: el autor intenta matar a alguien con una pequeña (inocua) dosis de veneno, lo cual también sería una tentativa inidónea relativa, pues, al variarse levemente las circunstancias (aumentar la dosis), hubiese podido consumarse el hecho. En suma, en la tentativa inidónea relativa pudo darse la consumación de variar un poco las circunstancias. Por el contrario, en la tentativa inidónea absoluta, la modificación pequeña de las circunstancias no hace posible la realización, porque, por ejemplo, no existe el objeto o el medio.

Actualmente, considero que basta el análisis de la perspectiva *ex ante* para determinar la punibilidad de la tentativa inidónea, más que la relevancia de un posible resultado[573]. El carácter peligroso *ex ante* de la conducta fundamenta su castigo[574].

7. Desistimiento voluntario

7.1. Concepto

Si observamos la definición del supuesto de frustración que hace el Código Penal en su artículo 7°, se exige que la consumación no llegue a verificarse "por causas independientes" de la voluntad del delincuente, requisito que obviamente debe extenderse al supuesto más restringido de

572 Sobre la impunidad de la tentativa inidónea absoluta en la doctrina chilena tradicional, *vid.* Politoff (1999), pp. 133 y ss.

573 Por su parte, considera Mera que la tentativa punible debe ser idónea, característica esta que se deriva de la exigencia "de que el comienzo de ejecución se realice mediante hechos directos" (2011, pp. 158 y ss.).

574 En contra del castigo general de la tentativa inidónea, y a favor de una restricción de su punibilidad (autónoma) con relación a bienes jurídicos "especialmente significantes", Bustos (1987a), p. 321. Sobre el tratamiento de la tentativa inidónea por la doctrina y jurisprudencia chilenas, *vid.* Schurmann (2016), pp. 424 y ss.

la tentativa, aunque la ley no lo exija expresamente[575]. Por argumento en contrario, si el delito no llega a consumarse *por la propia voluntad del sujeto*, no concurriría en principio un tipo de imperfecta realización[576]. En este caso, estaríamos ante el llamado *desistimiento (del delito imperfecto)*.

7.2. Naturaleza jurídica

La definición anterior parte de la respuesta a la siguiente pregunta: ¿constituye el desistimiento una causa de exclusión del tipo (elemento negativo del tipo) o de la punibilidad (causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria)? La cuestión resulta de interés fundamental, porque el desistimiento supone que el hecho delictivo ya se inició, pero una circunstancia posterior al comienzo de la ejecución lo excluye de ser punible o atípico. Si afirmamos que el desistimiento constituye una causa de exclusión de la pena[577], es decir, que el hecho es típico, antijurídico y culpable pero no se castiga al autor por razones de conveniencia político-criminal, ello tendría como consecuencia que los partícipes sí responderán en caso de que ellos no desistan igualmente de su participación[578]. Por lo tanto, la

575 En este sentido, Cury (1977), p. 108; (2011), p. 567; Garrido Montt (1984), pp. 183 y ss.; (2005), p. 367; Mera (2011), pp. 150 y ss.; Mañalich (2023), p. 14. Similar, SCS de 21 de agosto de 2019, Sala Segunda (Penal), causa Rol N° 17835-2019, considerando decimoprimero –v/lex–.

576 Así, Cury (2011), p. 567. Igualmente, ha afirmado la Corte Suprema: "Aunque nuestra ley, a diferencia de otras más perfectas en esta materia, no contiene un precepto expreso sobre los efectos de la tentativa desistida, es opinión unánime de práctica y doctrina que ella excluye la punibilidad por el hecho intentado. Eso se deduce de que, con arreglo al inciso 2° del artículo 7° del Código Penal, el delito frustrado sólo es susceptible de pena si el delito no se ha consumado por causa independiente de la voluntad del hechor, de suerte que por el contrario, queda impune cuando la falta de resultado típico es atribuible a una contraactividad voluntaria del autor. Ahora bien, si eso es así cuando se trata de un delito frustrado, en que el sujeto ha hecho mucho más (todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume), con mayor razón ha de serlo cuando ha hecho menos, esto es, dar únicamente principio a la conducta típica pero sin llegar a concluirla" (sentencia de 19 de julio de 2001, Rol N° 1610-2001, cit. por Matus, 2015, pp. 20 y ss.).

577 Así, por todos, Matus y Ramírez (2019), p. 230.

578 En este sentido, Politoff (1999), pp. 216; 227 y ss.; Garrido Montt (1984), p. 185, (2005), p. 366.

referida causa (personal) de exclusión de la pena solo beneficiaría al autor, o al partícipe, que voluntariamente desista.

No obstante, como dije al comienzo de este punto, el desistimiento se encuentra presente en la propia definición de los tipos de tentativa y de frustración del Código Penal. La ley chilena condiciona la configuración del tipo de imperfecta realización a que el delito no llegue a consumarse "por causas independientes de la voluntad" del autor. Por tanto, si el hecho no se perfecciona por la propia voluntad de aquel, no puede penarse el comienzo de ejecución. Como puede apreciarse, de acuerdo al Código Penal, el desistimiento constituye un elemento negativo del tipo[579].

7.3. Fundamento de la impunidad del desistimiento

La impunidad en el caso del desistimiento voluntario se explica en razón de que la norma todavía está a tiempo de cumplir su rol de influencia en el autor del hecho (función determinativa). En efecto, aun comenzando la ejecución, la norma sigue cumpliendo su función de motivar al destinatario para que no lesione el bien jurídico. Ello ciertamente solo puede lograrse justo hasta el momento previo a la consumación. Una vez consumado el delito, ya no tiene sentido la motivación concreta con relación al hecho. Esta fracasa cuando el delito se perfecciona, se consuma. Pero si aún el autor puede detener el comienzo de la ejecución, o revertir un curso causal que no ha llegado a su fin, debe posibilitarse la impunidad justamente porque la función motivadora de la norma puede lograr su propósito: evitar la lesión del bien jurídico[580].

579 Para Cury, el desistimiento sería una causa de atipicidad por falta de dolo (2011, p. 569). La Corte Suprema, en dos sentencias de 1936 y 1941, respectivamente, consideró el desistimiento como una causa de exención de pena por ausencia del aspecto subjetivo (cit. por Etcheberry (1987), tomo I, pp. 464 y ss.). Expresamente, en contra de considerar el desistimiento una causa de atipicidad, por todos, Garrido Montt (1984), pp. 186 y ss.; (2005), p. 365. Afirma Mañalich que el desistimiento constituye "una causa de exclusión de la punibilidad", lo cual no significa que "la falta de desistimiento sea un componente del concepto (dogmático) de tentativa acabada" (2023, p. 14 y nota 2); por lo tanto, concibe el desistimiento como una excusa absolutoria (pp. 18 y ss.).

580 Al respecto, dice Mañalich: "[...] mientras el quebrantamiento de la norma no se presente como inequívoco, el agente podrá revisar su toma de posición contra la norma,

7.4. Carácter voluntario del desistimiento

Como vimos *supra*, del Código Penal se desprende la necesidad de que el desistimiento sea voluntario. Por lo tanto, ¿cuándo se considera voluntario el desistimiento? Al respecto, se han esgrimido, entre otras, las siguientes teorías: a) *Teoría psicológica de Frank*, según la cual existe desistimiento voluntario cuando el autor *puede* continuar la realización del hecho, pero no *quiere* hacerlo. Mientras que será involuntario cuando el autor *quiere* continuar, pero no *puede* hacerlo[581]; b) una segunda posición digna de ser citada es la expuesta por Roxin, para quien el desistimiento es voluntario si contradice la racionalidad de un delincuente, si infringe "las reglas de la profesión criminal"; mientras que será involuntario, y por lo tanto punible, si el mismo se adecúa a esa racionalidad, a la lógica del delincuente[582]. Por ejemplo, si el delincuente, al percatarse de que la policía se acerca, huye del lugar del robo sin poderlo continuar, ello sería un acto propio de la racionalidad de un delincuente. Un delincuente promedio obraría de esa manera (huir cuando llega la policía), por lo tanto, estaríamos ante un desistimiento involuntario[583]. Este criterio supone que el delincuente tiene una racionalidad propia, distinta al resto de las personas, lo cual es difícil de precisar, especialmente porque esa "racionalidad" del delincuente pudiera variar según el ámbito de actuación y del delito realizado. No coincidiría

a través de un comportamiento que sea positivamente expresivo de su reconocimiento de ella como razón vinculante. Esto equivale a decir que, para ser interpretable como un desistimiento de la respectiva tentativa, la evitación o el impedimento de la consumación tiene que ser imputable al agente como una toma de posición a favor de la norma en cuyo quebrantamiento consiste esa misma tentativa" (2023, p. 16). Sobre el detalle de la fundamentación normativa del desistimiento sostenida por este autor, *vid.* (2020b), pp. 783 y ss.; (2023), pp. 21 y ss.

581 Al respecto, *vid.* Martínez Escamilla (1994), pp. 6 y ss. Pareciera adoptar una posición psicológica para definir el carácter voluntario del desistimiento, Bacigalupo: el desistimiento es voluntario si responde a una decisión propia del autor y no a circunstancias externas, aunque no se requiere un determinado valor ético altruista del motivo (1997, p. 349). En Chile, igualmente podrían ubicarse en esta visión psicológica del desistimiento, Cury (1977), pp. 123 y ss.; (2011), pp. 570 y ss.; Garrido Montt (1984), p. 192; (2005), p. 370; Matus y Ramírez (2019), pp. 230 y ss. Similar, la Corte Suprema (causa N° 17714-2016 (nulidad), Resolución N° 240632, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 5 de mayo de 2016, considerando décimo sexto –v/lex–).

582 Roxin (1991d), pp. 253 y ss.

583 Ídem. A favor de esta concepción, Bustos (1994b), p. 423.

la mentalidad del miembro de un grupo de delincuencia organizada con la de un delincuente político, o con la del simple ladrón. No obstante, es importante en la tesis de Roxin la alusión a un componente de naturaleza valorativa para determinar el carácter voluntario del desistimiento; c) una tercera posición, también valorativa, argumenta que habría desistimiento voluntario cuando se aprecia positivamente el motivo que llevó al sujeto a desistir, mientras que, si la apreciación es negativa, el desistimiento no sería voluntario. Se afirma que si el autor desiste por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), o por un miedo general a la pena, debe ser valorado positivamente el desistimiento[584].

Desde mi punto de vista, el carácter "voluntario" del desistimiento debe vincularse a la influencia de la norma penal en la decisión de desistir. Concretamente, debe examinarse si el desistimiento es resultado de la *eficacia del mensaje* normativo en el autor. Por lo tanto, será voluntario si representa la consecuencia de una decisión del autor de acatar la norma, bien sea por miedo o por cualquier otro motivo. Es decir, el desistimiento válido debe obedecer a la intimidación que produce la pena (prevención general negativa) o bien a una actitud interna de respeto jurídico al interés protegido (prevención general positiva). Por lo tanto, no sería voluntario el desistimiento cuando obedezca a razones de una circunstancial conveniencia o a dificultades en la ejecución del hecho punible.

7.5. Desistimiento en la tentativa y en la frustración

Sobre la conducta del sujeto activo del delito necesaria para la validez del desistimiento, se debe distinguir entre el desistimiento de la tentativa y el de la frustración. Así, en la tentativa basta que el autor no continúe su actividad, deje de actuar. Por el contrario, en la frustración, el autor debe hacer actos positivos para detener el curso causal que está en marcha, antes de que el hecho llegue a consumarse[585]. Si el hecho se consumó, pero se llevan a cabo acciones para mitigar o reparar lo ejecutado (*v. gr.*, el autor fractura intencionalmente el brazo de una persona aunque luego la lleva a un hospital para que le curen la lesión), solo habría un arrepentimiento,

584 Muñoz Conde (1972), pp. 122 y ss.; Muñoz Conde y Garcia Aran (2015), p. 453.

585 Mir Puig (2015), p. 371 –106–. Según Mera, el desistimiento de la frustración debe ser activo (2011, p. 162).

irrelevante para la configuración del injusto. Igualmente, en el caso del desistimiento de la frustración, es esencial que *el propio autor* revierta el curso causal que puso en marcha[586] y, además, que dicha conducta tenga éxito, sea eficaz[587]. Por ejemplo, si el delincuente coloca una bomba en el centro comercial para que estalle en una hora, pero veinte minutos antes la desactiva por temor a las consecuencias, habría un desistimiento válido[588]. Por el contrario, si el autor hace todo lo necesario para desactivar la bomba sin éxito alguno, muriendo en la explosión un gran número de visitantes, estaríamos ante un hecho consumado y obviamente punible.

586 En cambio, para Cury, el desistimiento de la frustración puede ejecutarse mediante terceros (1977, pp.130 y ss.; 2011, p. 572); igual, Mera (2011), p. 162.

587 Al respecto, afirman Bullemore y McKinnon que si "el desistimiento no es eficaz, no tiene relevancia a efectos de la tipificación del delito frustrado" (2022, p. 268).

588 Mir Puig (2015), p. 371 –107–.

CAPÍTULO IX:
TIPOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. La autoría (concepto y determinación)

Como expresa Welzel, autor es "el quien anónimo" al cual hace referencia la ley[589], término que el intérprete debe llenar de contenido para atribuirle el hecho punible de forma principal. En este sentido, la doctrina penal ha elaborado criterios para imputar el hecho a un sujeto como autor[590], distinguiéndolo de la otra forma de intervención delictiva: la participación criminal[591].

En efecto, según la *teoría objetivo-formal*, es autor, únicamente, aquel que ejecuta la conducta descrita en el tipo penal por el verbo rector[592]. Por lo tanto, sería autor del homicidio quien *mata* a la víctima[593]. De aplicarse estrictamente esta teoría, el ámbito de punibilidad se reduciría extremadamente, aparte del carácter tautológico de la formulación: realiza el verbo rector "matar" aquella persona que "mata". Por su parte, la *teoría subjetiva* recurre a la actitud interna para distinguir entre autor y partícipe[594]: sería

---

589 Cit. por Mir Puig (2015), p. 377 –2–.

590 Considera que la intervención delictiva consiste en un problema de imputación de un hecho penalmente relevante, Van Weezel (2009), pp. 440 y ss.

591 Un sector de la doctrina y algunas legislaciones no distinguen entre las formas de autoría y participación, en el sentido de que todos aquellos que intervienen en el plan delictivo deben ser considerados autores (concepto unitario de autor) y castigados con la misma pena. Al respecto, *vid.* Mir Puig (2015), pp. 379 y ss. –10 y ss.–.

592 Roxin (2000a), p. 54; Bacigalupo (1997), p. 356.

593 Sobre el desarrollo de esta teoría, sus partidarios y crítica, *vid.* Gimbernat (1966), pp. 19 y ss.

594 La *teoría subjetiva* recurre al dolo del autor o al interés independiente de quien actúe, para distinguir entre autor y partícipe (al respecto, *vid.* Roxin (2000a), pp. 71 y ss.).

autor quien con *animus auctoris* realiza y quiere el hecho como propio, mientras que el partícipe actúa con *animus socii* y acomete el hecho como si fuera ajeno[595].

Se afirma que esta teoría parte de la *equivalencia de las condiciones* que no permite distinguir los aportes en el plano objetivo[596], de allí la necesidad de recurrir a un criterio subjetivo. A esta doctrina se le critica que el solo componente interno no es suficiente para la distinción, ya que se puede actuar con ánimo de socio y, sin embargo, tratarse de una auténtica conducta de autoría, como el sujeto que mata a la víctima por encargo de otra persona.

Aparte de las anteriores, se han desarrollado teorías con un contenido material que recurren a criterios objetivos (*teoría material-objetiva)* para determinar la autoría, sin restringirse exclusivamente al simple verbo rector. En este grupo, la corriente más importante es, sin lugar a dudas, la del "dominio del hecho"[597], aunque esta expresión ha sido utilizada por la doctrina tanto desde una visión naturalista como normativa del delito[598]. En efecto, según la primera, dice WELZEL que en los delitos dolosos es autor quien "mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"[599]. Y amplía el concepto afirmando:

> "Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio del hecho"[600].

Por su parte, en el tipo culposo WELZEL basa la autoría en la causación derivada de la infracción al deber de cuidado:

595 WESSELS *et al.* (2019), p. 273 –806–; BACIGALUPO (1997), p. 358; BUSTOS (1994b), p. 433.

596 JAKOBS (1993), p. 608 –27–; (1995), p. 736 –27–; BACIGALUPO (1997), p. 358.

597 BACIGALUPO (1997), p. 360.

598 JAKOBS (1993), p. 612 –33–; (1995), p. 740. Este autor habla de una determinación del "dominio del hecho" bien "demasiado" naturalista o bien "demasiado" normativa.

599 WELZEL (1993), p. 119

600 WELZEL (1993), p. 120.

> "Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo"[601].

De ello concluye WELZEL que en el tipo culposo no existe diferencia entre la autoría y la participación; la causación del resultado mediante una acción que lesiona el cuidado debido siempre es autoría[602].

No obstante, igualmente existen formas de entender *normativamente* el término "dominio del hecho". Por ejemplo, para ROXIN, resumidamente, autor es la *figura central* del hecho, diferenciado del partícipe quien se encuentra al margen del suceso y se apoya en aquel[603].

Ciertamente, el autor debe ser definido a partir de un concepto *material-teleológico-objetivo*[604], por lo tanto, al margen de un simple criterio formal o de una caracterización exclusivamente subjetiva. Me refiero a una definición sustancial basada en parámetros normativos-objetivos, que permitan incluso calificar a alguien de autor aunque no haya ejecutado el verbo rector del tipo. En este sentido, el concepto no puede acudir exclusivamente a la circunstancia de aportar una condición a la realización del hecho típico como baremo de autoría. Además, la fórmula de determinación debe valorar la importancia del aporte de los que intervienen en el delito. Autor sería entonces *aquel a quien se le puede imputar el hecho como suyo, el protagonista del delito*[605]. Una definición de tales características abarcaría como formas de autoría al *autor individual*, al *coautor* y al *autor mediato*.

601 WELZEL (1993), p. 119.

602 Ídem. A favor de distinguir las diversas formas de autoría (coautoría y autoría mediata) en el delito culposo, y aquellas de la participación en esa clase de delitos, HORVITZ (2007), pp. 149 y ss.

603 Roxin (2000a), pp. 44 y ss.

604 Por su parte, sostiene que la noción de autor se basa en la "naturaleza de las cosas", CURY (2003), p. 18; (2011), p. 593. En este sentido, considera Cury la autoría como un concepto prejurídico que se impone al derecho positivo (1985, pp. 40 y ss.; especialmente, 51 y ss.). Opina que los conceptos de autoría y participación no se derivan de la "naturaleza de las cosas", expresamente, POLITOFF (2001b), pp. 1232 y ss.

605 MIR PUIG (2015), p. 385 –31–. Considera igualmente que la autoría en el delito de resultado se traduce en la atribución de un hecho como propio, MAÑALICH (2010), pp. 387 y 389.

El artículo 15 del Código Penal hace una enumeración de autores que no se corresponde estrictamente a supuestos de autoría según los términos señalados[606].

Así, dispone esa norma:

"Se consideran autores:

1.° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2.° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3.° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él".

Desde mi punto de vista, dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que el legislador considera un amplio catálogo de "autores" a los fines de aplicarle la totalidad de la pena prevista en cada delito. No es casual que la aludida norma comience con la forma reflexiva del verbo ("se consideran autores"), dando a entender que dicha "consideración" persigue el objetivo de punibilidad mencionado, aunque ello no coincida con la "realidad" o con un concepto doctrinal previo[607].

2. *Excurso*: autoría y tipos de infracción de deber

Lo anteriormente expuesto es pertinente con relación a los denominados delitos de dominio. Ahora bien, el legislador prevé tipos penales cuya aplicación requiere la infracción de un deber especial. En estos casos, únicamente puede ser autor quien está obligado a cumplir el mismo (*v. gr.*, funcionarios públicos, jueces, determinados profesionales, etc.)[608]. Solo él será "protagonista del hecho", por lo tanto, los demás intervinientes a quienes les falte esa condición necesariamente serán partícipes. Se reduce así el ámbito de posibles autores a los sujetos que cumplen con la referida cualidad o incumplen el específico deber señalado. Por lo tanto, el criterio para determinar la autoría no será el llamado "dominio del hecho", o la "imputación del hecho como propio", sino la desobediencia del referido deber especial[609].

Como expresé en el capítulo III, en estos tipos penales el deber concreto puede derivar de una función que cumple el autor, o de una relación de la cual forma parte. Por ejemplo, en el caso del delito de revelación de secretos (art. 246, inciso primero)[610], el funcionario público infringe una obligación específica impuesta por la ley, deber que solo él puede desobedecer. Igualmente, cité antes el caso del delito de parricidio (art. 390 del CP), en el cual quien mata a su ascendiente no solo infringe el deber genérico de "no matar a un *ser humano*", sino que además incumple el deber de "no matar a *su ascendiente*" derivado del vínculo consanguíneo existente.

3. Autor individual

Es autor individual, o de propia mano, quien ejecuta materialmente el hecho por sí solo. Cuando en el delito interviene una única persona, ella solo puede ser calificada como autora. Cada tipo penal de la parte especial alude precisamente al autor individual[611]. Tampoco es casual que el legislador en el artículo 15 del Código Penal haga alusión a los "autores"

---

606 En este sentido. Cury (1985), pp. 39 y ss.; (2003), p. 11; (2011), p. 585. Según Labatut. el Código Penal parte de una teoría extensiva de autor y "concede una desmesurada amplitud al concepto de autor, en desmedro de la complicidad, reducida en él a un mínimo" (1972, p. 357).

607 Así. Novoa (1985), tomo II, p. 216. Para Etchebery, la expresión "se consideran autores" en vez de "son autores", confirma que se trata de una ficción legal (1998, tomo II, p. 88, citando a Pacheco). Por su parte, opina Yáñez que el artículo 15 en sus tres ordinales contempla auténticos supuestos de autoría, con excepción de la inducción (1975, pp. 51 y ss.): similar, Soto (2011), pp. 337 y ss. (aunque este último pareciera atribuirle al artículo 15 una función "aclaratoria" de los supuestos "conflictivos" –pp. 341 y ss.–).

608 Al respecto, Roxin (2000a), pp., 385 y ss.; Jakobs (1993), pp. 655 y ss. –115 y ss.–; (1995), p. 791 –115 y ss.–. En estos delitos, el obligado es autor "independientemente de la posición en la que… actúe". Bacigalupo (1997), p. 376.

609 Distingue entre delitos especiales y de infracción de deber. Ossandón (2006), pp. 12 y ss.

610 "El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente".

611 Por todos, Yáñez (1975), p. 56; Cury (1985), p. 42; (2003), p. 22, y (2011), p. 597; Politoff *et al.*(2004), pp. 395 y 400; con matices, Matus y Ramírez (2019), p. 189. En contra de esta conclusión, Garrido Montt (2005), pp. 395 y ss.; (1984, pp. 254 y ss.).

en plural[612]. Por lo tanto, esta última disposición, en lo que se refiere a la autoría, abarca únicamente la coautoría (incluso algún caso de autoría mediata), lo cual supone que concurran varias personas a la realización del hecho punible[613].

4. La coautoría

4.1. Concepto

Serán coautores quienes, previo acuerdo[614], se reparten roles fundamentales del delito mediante una auténtica "división del trabajo", pudiendo imputársele a cada uno como propia la totalidad del hecho[615]. Para afirmar la coautoría, la doctrina dominante exige que la ejecución material del hecho únicamente pueda realizarse con la concurrente intervención de cada coautor (solo pueden realizar el plan actuando conjuntamente), a su vez "cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación"[616]. Cada coautor tiene la posibilidad de abortar la ejecución del delito mediante la prescindencia de su intervención. La doctrina utiliza la expresión "dominio del hecho funcional" para la coautoría, en la cual "el dominio conjunto del individuo resulta [...] de su función en el marco del plan global"[617].

612 También contrario a esta opinión, Garrido Montt (2005), p. 398.

613 En este sentido, Novoa (1985), tomo II, p. 217 (igualmente, pp. 211 y ss.); también, Yañez (1975), p. 56.

614 Sobre la necesidad del acuerdo previo para la coautoría, *vid.*, por todas, SCS, Rol Nº 798-2005, de 1 de septiembre de 2005, cit. por Matus (2015), p. 128.

615 Para Bacigalupo, la coautoría no depende dogmáticamente de un reconocimiento legal expreso, ya que está implícita en la noción de autor (1997, p. 365). Expresa Soto que el concepto de coautoría puede fundamentarse al margen del artículo 15 del Código Penal (2011, pp. 328 y ss., y p. 333). Por su parte, Garrido Montt ubica la coautoría en el Código Penal chileno (art. 15 Nº 3) dentro de la expresión "[los] que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él" (2005, pp. 407 y ss.; *vid.*, también, 1984, pp. 313 y ss.).

616 Roxin (2000a), p. 309. En general, a favor de la concepción de Roxin sobre la coautoría, por todos, Bacigalupo (1997), p. 366; Cerezo (1982c), p. 177; Gomez Benitez (1992), pp. 129 y ss.; (2001), pp. 119 y ss.; Mir Puig (2015), p. 406 y ss. –13–.

617 Roxin (2000a), p. 310. Si bien para este autor el criterio determinante de la coautoría radica en que "sólo puedan obrar conjuntamente" (p. 311), no descarta el papel que juega el acuerdo o plan común en su determinación: "[...] (como) los coautores son

Fundamentar el carácter esencial del aporte del coautor en su aptitud de abortar la ejecución material del hecho, aisladamente considerada, resulta bastante discutible, ya que un partícipe interviniente en la preparación del hecho delictivo también podría impedir la ejecución del delito[618]. Piénsese en el caso del chofer del mafioso asesino que, a sabiendas de la intención delictiva de su patrón, tiene la misión de conducir el vehículo hacia el lugar del crimen, sin embargo, se equivoca de ruta o choca en el camino, sucesos que impiden la ejecución del homicidio[619]. Como puede apreciarse, el conductor pudo abortar el hecho, aunque de haber logrado su aporte (llevar a tiempo a su jefe al lugar de los acontecimientos), en modo alguno podría ser calificado de "coautor" del homicidio[620]. En suma, la falta del aporte de un partícipe que actúa en la etapa preparatoria igualmente pudiera acarrear la inejecución del delito[621]. No obstante, como posible respuesta a esta objeción, debe recordarse uno de los puntos de partida de la coautoría basada en el *roxiniano* "dominio funcional": el aporte esencial del coautor del delito, su codominio del hecho, se vincula a la ejecución material del hecho[622]. Para Roxin[623], aludiendo al llamado "jefe de la banda", la realización de un acto preparatorio o la sola planificación de los hechos, no

interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demas, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva" (p. 316). Sobre el acuerdo previo en la coautoría como límite de la responsabilidad, *vid.* SCS de 1 de septiembre de 2005, Rol Nº 98-2005, cit. por Matus (2015), p. 128; sentencia también citada por Vargas y Piña (2012), p. 68.

618 Modolell (2008), p. 100.

619 Ídem.

620 Modolell (2008), pp. 100 y ss.

621 Modolell (2008), p. 101. Contrario a la "esencialidad del aporte" defendida por Roxin, Díaz y García Conlledo (1991), pp. 669 y ss.; de igual forma se opone Gimbernat al criterio de Roxin relativo a la capacidad de "desbaratar el plan total" para definir al coautor (1966, pp. 147 y ss.).

622 Modolell (2008), p. 101; al respecto, Roxin (2000a), pp. 310 y ss. Pareciera suscribir el punto de vista de Roxin, segun el cual la coautoria implica que la "prestacion en la división del trabajo ilícito" lo sea en "fase ejecutiva", la SCS, causa Rol Nº 30163-2020 (nulidad), Sala Segunda (Penal), de 18 de mayo de 2020, considerando decimoséptimo (v/lex).

623 Roxin (2000a), p. 330.

hace coautor a quien interviene de esa forma si, además, no dirige o cubre la ejecución de los delitos (aunque sea de lejos)[624]. En suma, según Roxin únicamente en la etapa ejecutiva del delito se determina si el aporte de quien interviene tuvo la aptitud de impedirlo[625].

Como puede apreciarse, resulta evidente que el dominio del hecho según Roxin se refiere a un *dominio fáctico* de la ejecución, cuestión contradictoria con una *imputación* del hecho como *propio*, la cual solo puede ser de contenido normativo[626]. Desde mi punto de vista, teóricamente no es requisito esencial de la coautoría la concurrencia en la ejecución material del delito[627]. En efecto, existirá coautoría en quien planifica detalladamente la realización del delito pero no concurre a su ejecución, confiando esta última a la pericia concreta del resto de coautores (ejecutores materiales). La planificación total del hecho responde a la división del trabajo, al reparto de las funciones necesarias para el éxito del plan delictivo. De manera que esa repartición de roles, aunada a la importancia del aporte realizado, determinan la imputación de todo el hecho al planificador que no controla directamente la ejecución material del delito[628]. Si la autoría constituye un

624 Modolell (2008), p. 10; en la línea de Roxin, por todos, Köhler (1997), p. 518. En contra de este criterio para fundamentar la coautoría, nuevamente, Gimbernat (1966), pp. 149 y ss.; igualmente, Díaz y García Conlledo (1991), pp. 672 y ss.

625 Dicho autor habla de "división del trabajo en la fase ejecutiva" (2000a, pp. 325 y ss.). Expresa igualmente: "[...] quien prepara, incluso si realiza una aportación insustituible, suelta de su mano el hecho y no puede entonces co-dominarlo, en tanto que entrega a otros la ejecución. Un codominio de la realización del tipo solo es posible mediante una división del trabajo en el estadio de la ejecución" (2000b, pp. 172 y ss.). Y añade: "Fuera de los casos de autoría mediata [...] no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de rango y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría..." (2000b, p. 175). En Chile, comparte esta opinión, por todos, Cury (2003), p. 38; (2011), p. 614.

626 Critica el domino fáctico de la situación como criterio de la autoría, Mañalich (2010), pp. 387 y ss.

627 Modolell (2008), p. 103. Así, Welzel (1993), pp. 132 y ss.; Jescheck y Weigend (1996), p. 680; Stratenwerth (1982), p. 251 –826–; Stratenwerth y Kuhlen (2011), pp. 242 y ss. –93 y ss.–; Jakobs (1995), pp. 745 y ss. –40–; (1993), p. 616 –40–; Haft (2004), p. 207; Kühl (2017), p. 806 –111–; Wessels *et al.*(2019), pp. 281 y ss. –824–; implícitamente, Muñoz Conde y García Arán (2015), p. 466.

628 Al respecto, afirma Soto: "[...] la coautoría, que se define por el dominio funcional del hecho que tienen todos y cada uno de los coautores, también viene captada primero

vínculo esencialmente normativo, limitar el dominio del hecho del coautor a su intervención en la ejecución material, reducirlo a un "dominio fáctico" de la fase ejecutiva del delito, implicaría volver a concepciones naturalistas que resultan contradictorias con la atribución del hecho como suyo al autor, con su consideración como "figura central del delito", "protagonista del hecho", calificaciones estas últimas de evidente naturaleza normativo-valorativas[629].

Así, la banda que decide asaltar un banco bajo las instrucciones previas del jefe, que espera en el escondite el resultado del robo, se asemeja a una pequeña empresa creada por un sastre patrono de unos pocos trabajadores, quien planifica detalladamente el modo de hacer los trajes, pero deja en manos de sus empleados la concreta confección de la prenda[630]. En este caso, sería muy difícil negar que el patrono no sea "coproductor" (coautor) de los bienes creados mediante "su" diseño, aun cuando se tome unos días de vacaciones o no pueda concurrir a la tienda durante un tiempo por estar indispuesto[631]. El jefe de la banda de asaltantes es necesariamente coautor de los hechos delictivos ejecutados según el plan previamente creado por él, sin que quepa hablar de una "degradación de la coautoría", aun cuando ese "patrono" no concurra ni controle la propia ejecución material del hecho punible[632]. Incluso, pudiera afirmarse que precisamente es la posición de Roxin la que degrada al verdadero autor ("el jefe de la banda") a partícipe del hecho, lo reduce a un simple "papel de reparto"[633].

Paradójicamente, pudiera afirmarse que la eficacia del "dominio del hecho" se demuestra precisamente por su mayor capacidad de actuación a distancia de la ejecución material del hecho punible, característica que se aprecia claramente en la construcción de Roxin del dominio de voluntad

y directamente en el correspondiente tipo de la parte especial; lo que, supuesta la vigencia del principio de imputación recíproca, no supone que para ser coautor el sujeto debe necesariamente realizar una acción ejecutiva" (2011, p. 329).

629 Modolell (2008), p. 103; Mir Puig (2015), p. 385 –31–. Igualmente, Bolea Bardon (2000), pp. 129 y ss. Sobre lo normativo (valorativo) y lo ontológico en la teoría del dominio del hecho, *vid.* Couso (2013b), pp. 636 y ss., especialmente pp. 649 y ss.

630 Modolell (2008), p. 105.

631 Ídem.

632 Ídem.

633 Ídem.

mediante aparatos organizados de poder, que explicaré más adelante[634]. Por lo tanto, no es necesario que el coautor controle *directamente* la ejecución material del delito para que este se lleve a cabo "según el plan"[635].

Además, hay ámbitos penalmente relevantes donde la planificación y preparación del delito es tan importante que su ejecución depende totalmente de aquella, casos en los cuales quien planifica debe ser entendido como coautor del hecho, aunque no controle fácticamente la ejecución material del delito[636]. Piénsese en el caso de la puesta en circulación de productos defectuosos, donde el proceso de preparación de estos es tan importante como su ingreso en el mercado[637]. El científico de una empresa que inventa un desmanchador de ropa a sabiendas de los posibles efectos perniciosos que su uso puede acarrear a la salud de los usuarios, no puede ser considerado un simple partícipe de las lesiones causadas por la puesta en circulación de ese producto, aunque él no se encargue ni controle "de lejos" la ejecución material[638]. Concluir que ese científico es un simple partícipe por no concurrir a la ejecución material resulta difícilmente sostenible; su aporte no puede ser calificado de "accesorio" a la actividad de los ejecutores[639].

4.2. Regulación legal de la coautoría

Esta posible definición teórica de la coautoría podría no ser compatible con el mencionado N° 1 del artículo 15 del Código Penal. En efecto, la objetada tesis de Roxin según la cual solo se puede ser coautor en la medida en que se concurra a la ejecución del delito, pareciera ser aplicable al Código Penal chileno cuando expresa en el citado número 1 que son autores (coautores) quienes "toman parte en la *ejecución* del hecho, sea de una manera inmediata y directa [...]" [énfasis añadido][640]. Aunque no alude a la esencialidad del aporte, la disposición comentada se refiere claramente a la

634 Modolell (2008), p. 103.

635 Ídem.

636 Modolell (2008), p. 105.

637 Modolell (2008), pp. 105 y ss. Al respecto, *vid.* Otto (2004), pp. 300 y ss. –61–.

638 Modolell (2008), p. 106.

639 Ídem.

640 Así, Politoff *et al.* (2004), p. 418; de otra opinión, Matus y Ramírez (2019), pp. 236 y ss. Guzmán Dalbora, además de ser partidario de que la coautoría opera solo en la

fase ejecutiva así como a la intervención directa e inmediata[641]. De manera que, según dicha norma, debería descartarse la posibilidad de un coautor a distancia, que no controle *directamente* la ejecución, así como el supuesto de coautoría en la etapa preparatoria del delito. Si el sujeto realiza su aporte delictivo antes de la ejecución, o a distancia sin concurrir al lugar de los acontecimientos ni controlar la misma, solo sería partícipe del hecho[642]. No obstante, una conducta semejante podría encuadrar en el N° 3 del referido artículo 15 y ser considerado "autor" para fines punitivos (aplicación de toda la pena prevista para el hecho punible)[643].

Como mencioné antes de pasada, parte de la doctrina ha hecho un importante esfuerzo de interpretación del artículo 15 del Código Penal, a fin de que en sus diversos supuestos solo puedan subsumirse auténticas hipótesis de autoría (coautoría)[644]. Según ello, incluso sería posible admitir una coautoría en una etapa previa a la ejecución material, concretamente mediante el N° 3 del artículo 15 del Código Penal[645]. Así, cuando este último alude a los "que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él", se trata de un aporte (medio) o una presencia espacial *cualitativamente esencial* para su realización[646], aunque no se concurra materialmente a la ejecución.

fase ejecutiva del delito, considera que esta opinión concuerda con los dispuesto en el referido artículo 15 (1°) del Código Penal (2009, pp. 482 y ss.).

641 Por ser un caso de coautoría, el artículo 15 (1°) requiere el acuerdo previo entre los intervinientes (pareciera de otra opinión, Hernández 2011d, p. 388 –aludiendo a la autoría "accesoria"–). Además, la norma contempla el supuesto de quienes, formando parte del plan común, garanticen el éxito de la ejecución "impidiendo o procurando impedir que se evite". Se trata del sujeto que en el lugar del hecho (inmediatez) imposibilita la intervención de un tercero ajeno que pueda abortar la realización material del crimen o delito.

642 Según Garrido Montt, el carácter directo que exige la ley significa que el proceso causal haya sido provocado o dirigido por el autor para alcanzar el objetivo delictivo (2005, p. 399; similar, 1984, pp. 265 y ss.).

643 Para Yáñez, dicho ordinal tercero contempla modalidades de coautoría (1975, pp. 60 y ss.).

644 Por todos, aparte de Yáñez, Hernández (2011d), p. 402.

645 Por ejemplo, Mañalich (2011), pp. 285 y ss. En contra de admitir una coautoría en la etapa previa del delito, por todos, Viveros (2013), pp. 665 y ss.

646 Soto (2011), p. 342; Mañalich (2004a), pp. 476 y ss.; Hernández (2011d), p. 406; Villegas (2015), p. 300.

En sentido de lo anteriormente expuesto, afirma la Corte Suprema siguiendo a YÁÑEZ:

> "Tal situación, como acertadamente sostiene el fallo de primer grado, es enteramente subsumible en el supuesto contenido en el artículo 15 N° 3, y descarta una eventual complicidad. En tal sentido cobran plena vigencia las palabras del profesor S.Y. citadas por los sentenciadores: 'No se trata, por consiguiente, de cómplice o cooperadores, sino de coautores que ejecutan conjuntamente un hecho. Varias personas realizan el hecho en diferentes funciones, de tal modo que cada aporte completa los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Esta forma de autoría se basa en la división del trabajo y requiere de la decisión común respecto del hecho, el concierto previo y de la realización común del hecho'; contrastados los hechos descritos en el considerando noveno de la sentencia impugnada con esta descripción, se aprecia una evidente coincidencia fáctica"[647].

Desde mi punto de vista, este loable esfuerzo queda desvirtuado precisamente por la referencia en el N° 2 del artículo 15 al inductor, figura que mayoritariamente es considerada como un caso de participación criminal. Por otro lado, como dije antes, el encabezamiento del propio artículo da a entender que no todos los supuestos contemplados constituyen auténticos casos de coautoría. En todo caso, como igualmente expresé, el legislador considera que la inducción, así como la presencia durante la ejecución delictiva y el suministro del medio para realizar el hecho punible, previo acuerdo, son modalidades de participación de tal gravedad que merecen la misma pena que el autor[648].

---

647 Causa Rol N° 38159-2016 (nulidad), Resolución N° 427.580, de la Corte Suprema, Sala Segunda (Penal), de 11 de agosto de 2016, considerando noveno –v/lex–. Igualmente, considera que el ordinal tercero del artículo 15 consagra un supuesto de coautoría, aunque por razones distintas a las explicadas *supra*, la SCS de 14 de septiembre de 1999, Rol N° 2607-1999, considerando décimo tercero: "Finalmente, también tiene el dominio final del hecho aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación. Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al artículo 15 N° 3 del Código Penal, es lo que se conoce como coautoría y que significa, en rigor, compartir el dominio del hecho" (cit. por VARGAS (2011), p. 275).

648 En efecto, según el legislador tanto el suministro del medio como la presencialidad en la ejecución, sin tomar parte en ella, son contribuciones importantes, aunque no sean "esenciales" en el sentido de que su ausencia implique la imposibilidad de realización del hecho punible. Esto último no lo exige la ley. Así, sobre el aporte presencial afirma

4.3. Autoría accesoria

No constituye un supuesto de coautoría, sino más bien un caso de autoría individual (y, por tanto, se desprende cada tipo penal), la llamada "autoría accesoria", "simultánea" o "paralela"[649], que supone la intervención sin acuerdo previo de sujetos que ejecutan totalmente el verbo rector del tipo penal: los transeúntes A, B y C se suman al linchamiento de D, quien fue sorprendido robando en la calle. En este caso, no se trata de la repartición de funciones esenciales en el sentido de que la ausencia de alguna contribución impediría la realización del delito.

4.4. Partícipe-coautor

Problema adicional sería determinar si la persona que interviene al principio como partícipe puede por un acto posterior ser coautor del hecho[650]. Así, el sujeto que suministra previamente a los asaltantes del banco un plano de este, pero a quien contactan el día del robo para que dirija telefónicamente el acceso a las instalaciones y a la bóveda del banco. O el sujeto que vigila la puerta de la habitación mientras dentro otros golpean a la víctima, aunque antes de huir junto al grupo aprovecha la oportunidad de también golpearla. En estos casos, quienes eran simples partícipes pasan a ser coautores del delito. Incluso, pudiera pensarse en el concurso (de leyes) entre la complicidad y la coautoría.

NOVOA: "Ha de entenderse que, en concepto de la ley, una mera presencia mediando concierto, ha de servir para apoyar a los que cometen el delito de una manera inmediata y directa y ha de contribuir a que cese la resistencia de la víctima. Por ello es que la Comisión Redactora [...], expresó que él (*sc.* el interviniente) 'aumentaba la fuerza y el poder de los delincuentes con su sola concurrencia, aun sin tomar parte directa en la acción' (sesión N° 125)" (1985, tomo II, p. 226).

649 CURY (2011), p. 612.

650 Es indudable que alguien puede sumarse a la ejecución material del hecho una vez iniciada la misma: "A y B penetran con violencia en una tienda, donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de C; éste enterado del hecho ya realizado por A y B, concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería" (BACIGALUPO (1997), p. 367). En este caso C sería coautor del delito ejecutado: "La coautoría sucesiva es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo [...]. La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación [...]". (BACIGALUPO, 1997, p. 367).

5. Autoría mediata

5.1. Concepto

Es autor mediato quien realiza el tipo penal a través de otra persona que sirve como instrumento, la cual en principio no responderá penalmente por faltar en ella algún elemento del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad). Por tal motivo, el hecho se imputa al llamado "hombre de atrás"[651].

Desde el punto de vista del derecho positivo, como bien afirma Bacigalupo, la autoría mediata está implícita en el propio concepto de autor, de allí lo innecesario de su reconocimiento legal[652]. En todo caso, el artículo 15 del Código Penal prevé en su N° 2 un supuesto de autoría mediata cuando alude a los "que fuerzan [...] a otro" a ejecutar el hecho.

5.2. Supuestos[653]

a) Autoría mediata cuando el autor realiza el hecho mediante alguien que interviene *sin conducta*: X empuja a un niño que observa cómo unas personas se bañan en una piscina, cayendo sobre uno de los bañistas y ocasionándole una lesión[654]. En este caso, X sería el autor mediato del delito de lesiones mientras que el niño sería un simple instrumento que opera sin conducta por ser objeto de una *vis absoluta* (fuerza física irresistible). Para algunos autores, este ejemplo constituye un caso de autoría directa precisamente por la falta total de voluntad en el supuesto instrumento; de allí que no debería ser planteado como un supuesto de autoría mediata[655].

651 Considera que la autoría mediata constituye una modalidad de imputación del hecho del instrumento al "hombre de atrás", por un defecto de responsabilidad de aquel, Mañalich (2010), pp. 391 y ss., especialmente, p. 396.

652 Bacigalupo (1997), p. 365. Según Ríos, la autoría mediata derivaría de los propios tipos de la parte especial (2006, pp. 21 y ss.). Para Garrido Montt, dicha figura estaría comprendida en el carácter "directo e inmediato" de la ejecución del hecho, aunque "empleando al efecto un instrumento humano" (2005, p. 402).

653 *Vid.* Jescheck y Weigend (1996), pp. 665 y ss.; Mir Puig (2015), pp. 392 y ss. –55 y ss.–.

654 Mir Puig (2015), p. 392 –56–.

655 Así, Bacigalupo (1997), p. 369; Bullemore y Mackinnon (2022), p. 228; Mañalich (2010), pp. 395 y 400; en el mismo sentido, SCS de 26 de abril de 2005, Rol N° 2715-2003, cit. por Matus (2015), pp. 135 y ss.

b) Un segundo supuesto de autoría mediata se realiza cuando falta en el instrumento el *aspecto objetivo del tipo*. Por ejemplo, el autor mediato instrumentaliza a la propia víctima para que se autoinflija un daño.

Es gráfico el caso "Sirio" tratado por la doctrina alemana:

> "El acusado había hecho creer a una joven que él era originario de la estrella Sirio y podría ayudarla a llegar a una vida nueva y sublime si se separaba de su viejo cuerpo. Debía introducirse en una bañera y dejar caer un secador conectado. En un espacio rojo, junto al lago de Ginebra, la estaba esperando un cuerpo nuevo, en el que despertaría tras su aparente muerte accidental. De todos modos, en su nueva vida necesitaría dinero, por lo que debería contratar un seguro de vida para caso de muerte accidental por valor de 500.000 marcos, designándole como beneficiario a él. Tras cobrarla, él le llevaría el capital a Ginebra [...]. La joven se lo creyó todo. En efecto, dejó caer el secador al agua con la esperanza de despertar inmediatamente en un nuevo cuerpo, sin pasársele por la cabeza la idea de un 'suicidio en sentido genuino' mediante el que 'se acabara su vida para siempre'. Es más, rechazaba la idea del suicidio por creer que el ser humano no tiene derecho a quitarse la vida [...]. El plan urdido por el acusado fracasó al final porque el secador no funcionaba como era debido. El acusado llamó por teléfono a casa de la joven y quedó sorprendido de que aún viviera. Entonces, en el curso de unas diez conversaciones telefónicas le fue dando instrucciones para continuar sus esfuerzos por suicidarse, hasta dejarlo por imposible"[656].

En este caso, la conducta de la víctima de intentar acabar con su vida es atípica, incluso en la legislación chilena un ejemplo semejante no podría tratarse como auxilio al suicidio (art. 393 del CP), ya que el sujeto no se limita a ayudar a la mujer, sino que la instrumentaliza valiéndose de su inmadurez. El acusado sería autor mediato del homicidio en caso de consumarse. O, en el ejemplo, autor mediato del homicidio frustrado[657].

c) Siguiente hipótesis de autoría mediata sería la *falta de dolo* en el sujeto instrumentalizado: X le pide a su mejor amigo W que, aprovechando su viaje a Miami, entregue a Z en esa ciudad un sobre que

656 Roxin (2000a), pp. 629 y ss.

657 Para Cury, si se le oculta al instrumento que su acto ocasionará su muerte, estaríamos ante un supuesto de autoría directa (2003, pp. 29 y ss.; 2011, p. 605). Sostiene este autor que casos como el de la estrella Sirio sería un supuesto de inducción, ya que el suicida mantiene "en sus manos" la decisión de ejecutar su acto (2003, p. 30; 2011, p. 605).

le da. W, confiándose de su amistad, acepta el encargo sin revisar el contenido del sobre. En el aeropuerto es detenido, porque en un doble fondo del paquete había cocaína. W, por su desconocimiento, carece de dolo, a pesar de que objetivamente transporta la cocaína. Por lo tanto, W no respondería penalmente, aunque sí lo haría X como autor mediato del hecho[658].

Otro clásico ejemplo:

"Un médico entrega con voluntad homicida a una enfermera una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. Ella la inyecta sin barruntar su efecto y el paciente muere. El médico es autor doloso [...] la enfermera, según si ella, al emplear el cuidado requerido, hubiera podido reconocer o no el exceso de la dosis, autora culposa o absolutamente inculpable"[659].

En el supuesto de falta de dolo del instrumento, este no necesariamente quedará impune, ya que podría incurrir en un tipo culposo. Por otro lado, es indiferente que el autor mediato se valga de la ignorancia preexistente en el instrumento, o sea, el primero que le haga incurrir en error[660].

Distinto sería cuando en el sujeto instrumentalizado *falta un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo*. Así, el patrón ordena a uno de sus trabajadores traer las gallinas del corral vecino, ignorando el subordinado que aquel pretende apropiárselas. Aunque el trabajador conoce el carácter ajeno del objeto, falta su ánimo de apropiación; de allí que no realice el tipo de hurto[661].

d) Otro supuesto sería el del sujeto que actúa bajo una *causa de justificación*. Por ejemplo[662], el gobierno de un país decide perjudicar a un periodista crítico, para lo cual contacta a un juez y a un fiscal, e "inventan" una causa penal contra él. Según lo planeado, el fiscal forja una serie de pruebas que involucrarán al periodista en delitos de drogas y

658 Considera esta hipótesis como autoría directa, Cury (2003), p. 21; (2011), p. 596.

659 Welzel (1993), p. 122.

660 La Corte Suprema llega a plantearse el caso del instrumento sin dolo como una autoría directa (*vid.* sentencia de 22 de mayo de 2001, Rol Nº 2143-2000, cit. por Vargas, 2011, pp. 270 y ss.).

661 Mir Puig (2015), p. 394 –66–.

662 Basado en Mir Puig (2015), p. 395 –68–.

solicita al juez una orden de detención, quien la emite. El mandato se le asigna a un policía para su ejecución, funcionario que desconoce la existencia del plan delictivo. El policía cumple con la detención del periodista. En este caso, el policía sería un simple instrumento en manos de los otros funcionarios, auténticos autores mediatos de la privación ilegítima de libertad. El agente actuaría amparado por el cumplimiento de un deber o ejercicio de la autoridad (art. 10 Nº 10 del CP).

e) Igualmente, se configuraría la autoría mediata cuando "el hombre de atrás" se aprovecha de la *ausencia de culpabilidad* del instrumento. Así, el enfermero lleva de paseo, a un parque cercano, al paciente recluido en el sanatorio por padecer una esquizofrenia. Una vez allí, lo azuza para que lance piedras en contra del resto de las personas que se encuentran en el parque, convenciéndole de que se trata de los enemigos imaginarios a quienes teme. El enfermero sería autor mediato de las lesiones producidas por el inimputable. O, por ejemplo, el ladrón que ordena a su hijo de ocho años que entre en la casa del vecino, aprovechando que la puerta está abierta, para que le traiga un fajo de billetes que se encuentra sobre la mesa de entrada. El niño lo hace a sabiendas de que el dinero no es de su padre. El hijo no sería responsable del hecho por ausencia de imputabilidad, mientras que el padre es autor mediato del hurto.

De igual manera, habrá autoría mediata por ausencia de culpabilidad si se hace incurrir a alguien en un *error de prohibición*: A convence al miembro de una comunidad originaria, no integrado totalmente a la sociedad de aquel, de que tome el libro de B y se lo entregue. Para ello, le explica que en su sociedad tal práctica es admitida. El indígena acepta la falsa explicación, sustrae el libro de B y lo entrega a A, por lo cual actuaría con dolo, ya que conoce la ajenidad del libro y quiere sustraerlo. Incluso, se trata de un hecho injusto, a tal punto que el dueño del bien podría defenderlo y evitar su sustracción. Pero es claro que este indígena actúa bajo un error de prohibición, al faltarle el conocimiento de la antijuridicidad del hecho (error de prohibición). Se excluiría la culpabilidad si el error es invencible, mientras que A respondería como autor mediato del hurto[663].

663 Para Cury, el supuesto de autoría mediata por error de prohibición cabría bajo el supuesto del artículo 15 Nº 1 del Código Penal que se refiere a impedir o procurar impedir que se evite la ejecución del hecho (2003, p. 27; 2011, p. 603).

5.3. Comienzo de ejecución en la autoría mediata

Ya que el autor mediato se vale de otro sujeto para ejecutar el delito, surge la pregunta sobre el momento en que comienza la conducta punible. Por ejemplo, A quiere matar a B y vierte el veneno en la sopa que el mozo le servirá en media hora, cuando la misma se enfríe, tal y como lo desea B. El médico quiere matar al paciente y para ello entrega una inyección con veneno a la enfermera, quien la aplicará desconociendo esta última circunstancia[664]. ¿Cuándo comenzaría la tentativa en supuestos como los mencionados? Según la *teoría de la diferenciación* de Roxin, hay comienzo de la tentativa cuando el autor mediato "ha dado rienda suelta a los acontecimientos y el destino sigue en adelante su propio curso que ya no depende de aquél"[665]. En el ejemplo del médico, habría comienzo de la tentativa cuando el médico envía a la enfermera a inyectar la dosis mortal al enfermo[666]. En cambio, si el autor mediato mantiene el control sobre los acontecimientos no habría comienzo de ejecución:

> "[...] si el médico primero ha colocado la inyección en su oficina para que horas más tarde la recoja la enfermera, debe admitirse hasta entonces una preparación. Y es que él tiene todavía bajo control los acontecimientos y puede hacer desaparecer la inyección en cualquier momento"[667].

En este caso, recurre Roxin al criterio del control fáctico de la ejecución, pero ya no solamente para calificar a alguien de autor, sino para determinar el comienzo de ejecución. No obstante, como objeción a Roxin, el hecho de que la enfermera se dirija a aplicar la inyección desconociendo el contenido nocivo, no implica que el médico haya perdido el control del suceso. En efecto, el médico aún pudiera advertirle a la enfermera del contenido de la inyección u ordenarle que no la aplique, evitando así la muerte del paciente.

Criticando la solución de Roxin, sostiene Mir Puig que en la autoría mediata la tentativa comienza cuando la persona realiza las acciones que incidirán definitivamente en el instrumento[668]. Desde mi punto de vista, y

664 Roxin (2007a), p. 407.

665 Roxin (2007a), p. 408.

666 Ídem.

667 Ídem.

668 Mir Puig (2015), pp. 396 y ss. –74–. Similar, Cury (2003), p. 33; (2011) p. 608. Al respecto, consideran Politoff, Matus y Ramírez que el autor mediato da comienzo a la

aludiendo a los requisitos explicados anteriormente para determinar el comienzo de ejecución en la tentativa, en el supuesto de la autoría mediata, el hecho comienza cuando, según el *plan del autor mediato*, existe una relación de *inmediatez con el bien jurídico*. Y, obviamente, no hay inmediatez mientras la conducta del instrumento no se haya iniciado[669], aunque el solo hecho de que el instrumento realice parte de su actividad no supone que efectivamente exista esa relación. Así, en el caso de que el médico ordene a la enfermera aplicar al día siguiente la inyección mortal que él ya ha preparado, no habría comienzo de ejecución si a las dos horas de haberse dado esa orden la policía aborta el plan. Igualmente, si el médico entrega los componentes de la dosis mortal a la enfermera para que ella prepare la inyección, engañándola sobre el contenido, y ella seguidamente elabora el compuesto que aplicará al día siguiente, ese acto no representa sino un acto preparatorio, ya que es esencial la inmediatez temporal con respecto al bien jurídico. En suma, en estos ejemplos, la tentativa comienza cuando la conducta de la enfermera se coloca en una relación de proximidad con el bien jurídico, sin solución de continuidad.

5.4. Autoría mediata y tipos especiales

Puede ocurrir que una persona sin la cualidad exigida por el tipo instrumentalice al sujeto en el cual sí concurre el elemento especial requerido por la ley. Así, el abogado asesor del funcionario público, quien, para perjudicar a un tercero, convence a su asesorado de que en virtud de su cargo puede exigir dádivas no establecidas legalmente siempre que las destine a fines altruistas, por tratarse de una causa supralegal de justificación. Si el funcionario cae en el engaño y las solicita al tercero enemigo del abogado, podría configurarse el tipo del artículo 241 del Código Penal[670]. En este

tentativa cuando logra el control del instrumento, creando así el peligro para el bien jurídico, aun cuando el sujeto instrumentalizado no haya realizado un hecho que aisladamente pueda ser calificado de ejecución (2004, p. 403: similar, aunque con matices, Matus y Ramírez (2019), p. 209).

669 Similar, Mañalich (2010), p. 393; Naquira (2005), pp. 131 y ss.

670 El cual expresa: "El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con reclusión menor

supuesto, el abogado no podría ser autor mediato del delito mencionado, sino solo un partícipe, ya que no tiene la cualidad de funcionario público, aunque su conducta se adecúe perfectamente a la de un autor mediato.

5.5. Autoría mediata en estructuras organizadas de poder

Un sector de la doctrina acepta el caso de autoría mediata cuando el hecho se ejecuta a través de un ente coactivo organizado. En tal figura, a diferencia del resto de supuestos de autoría mediata, se da la particularidad de que el sujeto instrumentalizado que ejecuta la acción, y que forma parte de la estructura, también responderá penalmente. Este supuesto, cuya creación dogmática se debe a ROXIN, es conocido como "autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder" o "dominio de la voluntad en virtud de maquinarias (estructuras) de poder organizadas". Con ella se alude a los casos de asesinatos en campos de concentración durante el régimen nazi o a las muertes ocasionadas por disparos de vigilantes a personas que huían de Berlín Oriental a través del muro durante la Guerra Fría[671].

Al respecto, expresa ROXIN:

> "Se alude así a los supuestos [...] que se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una 'maquinaria' personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor [...]"[672].

Por ejemplo, el grupo de dirigentes gubernamentales de un régimen dictatorial que tiene como principio la persecución de personas opuestas al mismo, pudieran ser responsables mediante la aplicación de esta figura de las detenciones, torturas, muertes, etc., ejecutadas por los funcionarios del Estado que cumplen esa política del gobierno. ROXIN justifica su creación, ya que "crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual [...] figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos. contemplados como fenómeno global"[673].

Para que concurra la figura en cuestión, el dominio del autor mediato debe darse *sobre la organización* delictiva más que sobre los sujetos concretos que ejecutan el plan común[674]; estos solo serán piezas del engranaje, de la "máquina delictiva"[675]. Según ROXIN, ese dominio implica: a) el poder de la organización frente al Estado ("Estado dentro del Estado"); b) que los miembros no obren por cuenta propia, sino como órganos de una directiva que reconocen; c) que la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de atrás se realice independientemente de la persona del ejecutor (entre la voluntad de ese sujeto y el éxito del crimen no se interpone la voluntad determinante de un individuo –fungibilidad del instrumento–)[676], y d) que exista una disponibilidad específica del ejecutor hacia el hecho (el ejecutor está sometido a una serie de influjos de la organización que determinan su disposición al hecho en mayor medida que un delincuente potencial, influjo que incrementa el éxito de la orden y contribuyen al dominio del hombre de atrás)[677]. En todo caso, como expresé

---

en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito que merezca mayor pena, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste. En todo caso se impondrán, además, las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del duplo al cuádruplo de los derechos o del beneficio obtenido".

671 En cuanto a la posible aplicación de esta institución a la actuación de funcionarios estatales durante el llamado "estallido social" de 2019 en Chile, *vid.* ALTAMIRANO (2022), pp. 190 y ss.

672 ROXIN (2000a), p. 270. Consideran que dicha elaboración dogmática puede aplicarse a estructuras no necesariamente estatales, como organizaciones mafiosas, POLITOFF (2001b), p. 1272 (citando a Stratenwerth); POLITOFF *et al.* (2004), pp. 413 y ss.; de otra opinión ahora, MATUS y RAMÍREZ (2019), pp. 215 y ss.

673 ROXIN (2000a), p. 270. De forma inequívoca, la Corte Suprema reconoció esta forma dogmática en la sentencia de 21 de septiembre de 2007, que acordó la extradición al Perú de Alberto Fujimori (al respecto, *vid.* HERNÁNDEZ (2011d), pp. 398 y ss.). Críticos de dicha construcción, por todos, JAKOBS (1993), p. 649 –103–; (1995), pp. 783 y ss. –103–; SILVA SÁNCHEZ (2001), p. 44. En Chile, considera Cury que estos supuestos deben tratarse como coautoría o inducción del "hombre del escritorio" (2003, p. 31; 2011, p. 606). Descarta la posibilidad de autoría mediata a través de un sujeto plenamente responsable, MAÑALICH (2010), p. 397.

674 En esta línea, MATUS (2013), p. 367.

675 MODOLELL (2008), p. 103.

676 ROXIN (2000a), p. 278; MODOLELL (2008), pp. 103 y ss.

677 ROXIN (2007b), p. 530. Sobre la obediencia y acatamiento de las órdenes de la autoridad, incluso contra las propias convicciones morales, es elocuente el conocido "experimento de Milgram" creado en la Universidad de Yale a partir del caso Eichmann.

antes, estamos ante un caso de autoría mediata a través de un instrumento que actúa responsablemente[678].

Esta forma de autoría mediata no puede confundirse con la coautoría. En efecto, la reunión de delincuentes para cometer delitos conjuntamente bajo el mando de uno de ellos no constituye por ello un aparato organizado de poder, "pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad"[679]. Pudiera decirse que el aparato organizado de poder se asemeja a una gran empresa, a una transnacional, en la cual sus empleados no tienen contacto personal con sus directivos[680]. Por su parte, la coautoría opera como una "pequeña empresa" en la cual existe una relación directa entre los miembros de la banda y el cabecilla, quien suministra a aquellos su plan y órdenes, pero que a su vez hace depender el éxito de la operación de la concreta intervención de los ejecutores materiales[681]. Se trata de una relación de mandato entre varias personas que requieren contactos directos entre sí, cuestión que no ocurre en un aparato organizado de poder[682]. La coautoría no representa una "máquina" que opera autónomamente, al margen de la voluntad concreta de los miembros de menor jerarquía[683].

Como expresé *supra*, el control del autor mediato en la organización de poder recae sobre la propia estructura, en la cual el ejecutor material es una simple herramienta. Incluso, mientras más alejado se encuentre de la ejecución material del hecho el "sujeto de atrás", pero con *mayor*

678 "[…] no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es la mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer". Roxin (2000a), pp. 272 y ss.

679 Roxin (2000a), p. 278.

680 Modolell (2008), p. 104.

681 Ídem.

682 Ídem.

683 Ídem.

control sobre el aparato de poder y no sobre personas concretas, pudiera hablarse con propiedad de una autoría mediata[684]. En cambio, mientras más cercana sea la relación con el ejecutor material, y la misma dependa mayormente de las instrucciones *concretas* dadas al ejecutor, estaremos próximos a la figura de la coautoría[685]. La diferencia es importante, incluso dentro de una empresa criminal organizada. Así, el eslabón intermedio que imparte directamente las órdenes e instrucciones al ejecutor material sería coautor del hecho y, por lo tanto, el principio de imputación recíproca de los actos entre los coautores se regiría por el llamado acuerdo previo, límite de su responsabilidad[686]. Sin embargo, esa frontera se flexibilizaría con relación al superior de la estructura organizada de poder; "su inexistente contacto con la 'pieza' que ejecuta materialmente el hecho lo hace responsable por su control del aparato, más que por la propia ejecución concreta (aunque, obviamente, esta será esencial para su responsabilidad)"[687].

En conclusión, en la medida en que los lazos de la organización se flexibilizan nos acercamos a la figura de la coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los intervinientes[688]. Por el contrario, si la estructura (de poder) es más sofisticada, al punto que los intercambios entre los jerarcas que la controlan y los ejecutores materiales de los delitos se realizan anónimamente, estaremos en presencia de la autoría mediata de los primeros[689].

6. Participación criminal

Partícipe es todo aquel que no es autor, por lo tanto, toma parte en el hecho sin que este se le pueda imputar como propio o sin tener dominio sobre él. El tipo de participación es un tipo subordinado al de autoría, regido por el *principio de accesoriedad (limitada)*, según el cual basta que

684 Modolell (2008), pp. 108 y ss.

685 Ídem.

686 Modolell (2008), p. 109.

687 Ídem.

688 Ídem.

689 Ídem.

concurra un injusto principal de autoría para que el partícipe responda penalmente[690]. En tal sentido, es suficiente que el hecho principal constituya una conducta típica no amparada por una causa de justificación, sin necesidad de que el autor sea culpable[691]. Así, el adulto que ayuda a un niño de doce años de edad a cometer un delito, sin llegar a instrumentalizarlo, respondería como partícipe del hecho aunque la culpabilidad del menor esté descartada.

Las modalidades de participación previstas en el Código Penal serían las siguientes: la inducción (art. 15 N° 2); la complicidad castigada como autoría (art. 15 N° 3); la complicidad simple (art. 16), y el encubrimiento (art. 17).

6.1. Inducción (instigación)

A) *Concepto*

Esta modalidad de participación criminal se encuentra prevista en el artículo 15 N° 2, mediante la oración "inducen directamente a otro a ejecutarlo". Se trata de la persona que *hace nacer* la resolución criminal en otro sujeto. Partiendo de la definición de autor como aquel a quien se le puede imputar el hecho como propio, o como quien tiene el dominio del hecho, el inductor solo puede calificarse como partícipe. La realización del hecho punible en absoluto depende del instigador. Piénsese en el caso del sujeto que paga una cantidad de dinero al sicario para que mate a un tercero, acción que no lleva a cabo, huyendo con el monto recibido[692]. Como se evidencia, la ejecución del tipo penal no depende del que pagó la suma de dinero para "hacer nacer" la resolución criminal (instigador), sino del sicario que no cumplió su parte del acuerdo (inducido); de allí que aquel solo pueda ser un partícipe.

690 Bustos (1994b), p. 443; Bacigalupo (1997), p. 378; Politoff *et al.* (2004), pp. 422 y ss.; similar, aunque con algún matiz, Matus y Ramírez (2019), p. 246.

691 Mir Puig (2015), pp. 412 –34–; en Chile, por todos, Garrido Montt (2005), p. 418); en la misma línea, SCS de 1935 contra M LL, cit. por Etcheberry (1987), tomo II, p. 11.

692 Bullemore y McKinnon consideran un supuesto de autoría mediata el caso de quien contrata a un sicario para matar a un tercero (2022, pp. 243 y ss.).

B) *Elementos objetivos*

Para la configuración de la inducción se requieren los siguientes elementos objetivos:

a) *Causación*, mediante un *influjo psíquico*, de la idea criminal concreta en otra persona responsable[693]. Por tanto, si lo que se hace es reafirmar la resolución criminal de alguien ya decidido a cometer el crimen o delito, no habría inducción[694]. Por otra parte, debe causarse la propia idea criminal, no circunstancias del hecho delictivo. Si se convence a alguien que ha resuelto ejecutar un robo que cambie su cuchillo por otro más afilado y amenazador, no podría hablarse de inducción. Pero tampoco habría inducción de homicidio calificado mediante veneno (art. 391 N° 1) si se convence a otro de ejecutar el delito con esa sustancia en vez de usar un puñal, como originalmente pensaba hacerlo. El autor ya tiene tomada la decisión fundamental: cometer el homicidio usando el arma blanca, y un cambio en la modalidad a sugerencia de un tercero, aunque esta agrave el delito, no se traduce en "hacer nacer la resolución criminal"[695].

Igualmente, el Código Penal alude a los que inducen *directamente* a ejecutar el hecho punible. Por lo tanto, se plantea si esta expresión abarca la llamada "inducción en cadena": X paga a Z una importante cantidad de dinero para que se encargue de matar a Q. Z, quien se mueve en el mundo criminal y conoce a varios sicarios, contacta a W para ejecutar el crimen de Q previo pago de parte de la cantidad aportada por X. ¿Habría inducción de X en la conducta de W, a quien no conoce?[696]. Desde mi punto de vista, si X paga a Z con el fin de que mate a Q, a sabiendas de que Z buscará otra persona para la ejecución del crimen, sí existiría inducción por parte de X[697]. En cambio, si X le paga a Z porque este es quien conoce mejor a la víctima o por su pericia como sicario, la cual permite ejecutar mejor

693 Mir Puig (2015), pp. 417 –51–.

694 Mir Puig (2015), p. 418 –54–.

695 Ídem.

696 Pareciera no admitirla, Garrido Montt (2005), p. 405 (de otra opinión, 1984, p. 294).

697 En este sentido, por todos, Etcheberry (1998), tomo II, p. 93; similar, (1987), tomo II, p. 32.

el crimen, pero Z a espaldas de X encarga el crimen a W, no habría inducción de X.

b) Segundo requisito objetivo de la inducción sería la *aptitud* del propio acto de inducción[698]. La acción por la cual se induce a otra persona debe ser *adecuada* para hacer nacer la resolución criminal, adecuación que se determina desde un punto de vista *ex ante*, según un hombre medio situado en la posición del autor. Pagar o prometer a otro una alta suma de dinero a cambio de que mate a un tercero sería un acto adecuado para hacer nacer la resolución criminal. En cambio, la mujer que descuidadamente le dice a su infeliz amiga, enojada por las infidelidades de su pareja, que ella en su lugar "le mataría", no sería inductora si la engañada ejecutara tal "sugerencia"[699]. Esa expresión no tiene la aptitud *ex ante*, según un sujeto medio situado en la posición del autor, para hacer nacer resolución criminal alguna, aunque causalmente lo haya logrado.

c) Como último requisito objetivo de la inducción es necesario que el sujeto inducido, el autor del delito, *comience la ejecución* del hecho[700]. Se entiende, además, que el límite de la responsabilidad del inductor se circunscribe al hecho acordado[701].

C) *Elementos subjetivos*

En cuanto al aspecto subjetivo de esta institución, se requiere que el inductor *persiga que nazca* la resolución criminal en el inducido y, además, debe *querer* que este último logre la consumación del crimen[702]. La falta

698 Así, Mir Puig (2015), p. 418 –55–.

699 Mir Puig (2015), p. 418 –56–.

700 Así, Etcheberry (1998), tomo II, p. 91.

701 "En Contra JFO Y OTRO. uno de los reos ofreció a su copartícipe pagarle una suma de dinero para que diera de bofetadas a la víctima. El inducido aceptó, pero al cumplir su encargo. en vez de limitarse a las bofetadas, usó un arma cortante y cercenó una oreja a la víctima. Más tarde relató este hecho al inductor, quien de todos modos le pagó la suma convenida. El fallo de la Corte Suprema (1945) decide que no hay coautoría por inducción si el inducido se excede del encargo hecho por el inductor, de modo que este último no es coautor del hecho más grave realizado por el inducido [...]". Etcheberry (1987), tomo II, pp. 7 y ss.

702 Mir Puig (2015), p. 421 –69–. Sobre el exceso (doloso) entre lo inducido y lo ejecutado, a propósito de un caso jurisprudencial. *vid.* Hernandez (2015), pp. 269 y ss.

de esta segunda parte del elemento subjetivo de la inducción explicaría por qué el agente provocador no responda penalmente[703]. Por ejemplo: con base a un plan para capturar un importante capo del tráfico de drogas durante el momento de la entrega de un cargamento de cocaína, un agente de policía se hace pasar por narcotraficante y propone a aquel la venta de varias toneladas de estupefacientes. Acordada la entrega de la mercancía ilícita, el policía provocador comunica a los cuerpos de seguridad el lugar donde la misma se realizará y así capturar al peligroso delincuente. Cuando el hecho comienza, llegan los agentes al lugar y capturan al traficante solicitado. En este caso, aun cuando el policía infiltrado persiga el nacimiento de la resolución criminal en el mafioso, en modo alguno quiere que el delito llegue a consumarse; de allí la impunidad de su conducta[704].

Se discute si puede haber inducción en un tipo culposo: el pasajero dice al conductor del taxi que acelere el vehículo ya que debe llegar temprano al lugar de destino, produciéndose el arrollamiento de un peatón por la imprudencia del taxista que cumplió el requerimiento del cliente. Al respecto, afirma correctamente Mir Puig que esta forma de inducción es admisible siempre que haga nacer una conducta imprudente en el autor[705]. Por lo tanto, si el pasajero dice al taxista que acelere el auto con el objeto de que atropelle a un peatón que aquel no ha visto, fin delictivo desconocido por el conductor, estaríamos ante un caso de autoría mediata en un tipo culposo ajeno si el atropellamiento llega a realizarse[706].

703 Mir Puig (2015), pp. 421 y ss. –69 y ss.–. Igualmente, considera Garrido Montt que el agente provocador no responde penalmente por la falta del dolo de consumación (2005, p. 407; otra opinión en 1984, pp. 297 y ss.). En contra de esta fundamentación, Riquelme (2006), p. 15.

704 Politoff pareciera concebir este caso como un supuesto de ausencia de "antijuridicidad material", incluso de "cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo" contemplado en el artículo 10 (10) del Codigo Penal; por lo tanto, como una auténtica causa de justificación si el agente de seguridad actua dentro del ámbito de una organización criminal (2011, pp. 804 y ss.). En este último sentido, Fernández (2011), p. 955.

705 Mir Puig (2015), p. 422 –75–

706 Bustos (1994b), p. 446.

6.2. Complicidad castigada como autoría

Según el Nº 3 del artículo 15 del Código Penal, se castigan como autores a los "que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él". Como expresé anteriormente, se trata de un supuesto de participación (complicidad) cuya gravedad es considerada por el legislador para aplicarle toda la pena correspondiente al autor.

Se trata de un sujeto que, si bien no es autor del delito, no es protagonista del hecho o no se le puede imputar como propio, colabora en su realización *previo acuerdo* con el resto de los intervinientes. Esta cooperación en la ejecución puede ser de modo *espacial* (presenciar el hecho delictivo "sin tomar parte inmediata en él"), independientemente de la calidad del aporte proporcionado. Basta que el partícipe se encuentre en el lugar de los acontecimientos y presencie los mismos, acciones acordadas previamente. O bien puede que su aporte tenga un carácter *cualitativo*, como sería facilitar "los medios con que se lleva a efecto el hecho". En este caso, no es necesario que el colaborador se encuentre en el lugar de los acontecimientos, como el sujeto que previamente adquiere el arma con el cual el autor cometerá posteriormente el homicidio.

6.3. Cómplice simple

Según el artículo 16 del Código Penal, son cómplices "los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos". Para la doctrina, el castigo al cómplice depende del aprovechamiento efectivo del aporte por el autor[707]. Igualmente, se afirma que no es necesario el acuerdo previo con el resto de intervinientes[708]. Esta figura comporta una disminución de pena con rela-

707 HERNANDEZ (2011e), p. 414.

708 Así, por todos, CURY (2011), p. 625. En el mismo sentido, dice la SCS de 2 de marzo de 2001: "La complicidad supone cooperación, pero no concierto, lo que permitiría distinguirla de los casos de autoría o coautoría" (cit. por VARGAS y PIÑA (2012), p. 71). No obstante, expresa otra SCS, de 14 de septiembre de 1999, Rol Nº 2607-1999, considerando noveno: "Tanto el coautor como el cómplice se conciertan para cometer delitos; al mismo tiempo, la complicidad espontánea y casual es un fenómeno inusual y curioso" (cit. por VARGAS (2011), p. 274).

ción a la autoría, y opera de forma subsidiaria respecto de los supuestos del artículo 15 del Código Penal[709].

6.4. Encubrimiento

A diferencia de otras legislaciones que consideran esta figura un delito autónomo contra la administración de justicia (*v. gr.*, el artículo 451 del Código Penal español vigente), el artículo 17 del Código Penal concibe el encubrimiento como una forma de participación criminal. Dicha decisión legislativa no deja de parecer curiosa, precisamente porque se trata de un "partícipe" que no contribuye en la realización del hecho punible. Además, el encubridor se entera del delito o crimen una vez consumado o intentado el mismo[710]. En efecto, expresa dicho artículo 17 que son encubridores quienes "con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución". Por otra parte, según la ley, el encubrimiento se refiere a crímenes y simples delitos, excluyéndose las faltas.

Los supuestos legales de encubrimiento son los siguientes (art. 17 del CP):

a) Aprovechamiento (antes "receptación)[711]:

"Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito".

b) Favorecimiento real del hecho[712]:

"Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento".

c) Favorecimiento personal ocasional[713]:

"Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable".

709 "Residual", afirma HERNANDEZ (2011e), p. 414.

710 Incluso, como afirma Cury, el llamado "favorecimiento habitual" constituye un hecho totalmente independiente del ejecutado (2011, p. 637).

711 CURY (2011), p. 634.

712 CURY (2011), p. 635.

713 CURY (2011), p. 636.

d) Favorecimiento personal habitual ("hecho independiente del ejecutado")[714]:

"Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven".

6.5. *Excurso*: conductas neutrales y participación criminal

Aunque podrían ser analizados al margen de los problemas de autoría y participación, resulta pertinente aludir en este acápite a los aportes, en principio adecuados socialmente, que contribuyen a la realización del delito. Se trata de conductas calificadas de "neutrales"[715], como serían, por ejemplo, las asesorías especializadas, innovaciones científicas, actos de ingeniería financiera, etc., que colaboran en la ejecución de hechos punibles (*v. gr.*, delitos financieros o tributarios, lesiones por la puesta en circulación de productos defectuosos, etc.). La particularidad radica en que el ejecutor de dicha actividad "neutral" sabe que, muy probablemente, podrá ser aprovechada por otro para la comisión de un hecho punible[716].

El Tribunal Supremo alemán, siguiendo a Roxin, ha afirmado que el ejercicio legal de una profesión también sería calificado de ayuda o inducción si implica "solidaridad" con el delincuente (criterio "mixto objetivo-subjetivo")[717]. Este criterio supone que el colaborador es consciente de que la conducta del autor se dirigía exclusivamente a la comisión de un delito[718]. En cambio, sostiene el referido tribunal, si el profesional solo considera la simple posibilidad de que su acción podría ser utilizada para realizar un delito, no podría ser cómplice[719].

714 Cury (2011), p. 637.

715 Sobre esta denominación y su relevancia, Schurmann (2020), pp. 275 y ss.

716 Brettel (2018), p. 111.

717 Brettel (2018), p. 112. Con detalle, sobre el modelo objetivo-subjetivo en la doctrina y jurisprudencia alemanas, *vid.* Schurmann (2021), punto 1.3.

718 Brettel (2018), pp. 112 y ss.

719 Brettel (2018), p. 113. Según Tiedemann, habría que recurrir no solo al conocimiento, saber que otro cometerá un delito, sino igualmente al "significado objetivo de los hechos" (2017, p. 142; similar, Brettel (2018), pp. 111 y ss.).

Como afirmé *supra*, en principio, estas conductas profesionales "neutrales" serían adecuadas socialmente; incluso se descartaría su relevancia penal en virtud de la prohibición de regreso si después alguien se aprovecha de ellas y ejecuta el acto delictivo[720]. No obstante, el comportamiento "neutral" será relevante penalmente en virtud de la realización conjunta del delito[721] y del *conocimiento especial* del interviniente. Como vimos en el capítulo IV, ese conocimiento constituye un dato adicional a tener en cuenta para el juicio objetivo de imputación. Por lo tanto, si el colaborador se suma al plan delictivo del autor, es decir, le consta que su acto "neutral", *seguramente* será un medio para cometer un delito (*v. gr.*, una defraudación tributaria), podrá ser catalogado como partícipe del mismo[722].

720 *Vid.* Feijoo (2009), p. 41; al respecto, en la discusión alemana, Schurmann (2021), punto 1.1.4.3.

721 Jakobs (1993), p. 699 –18–; (1995), p. 846 –18–.

722 Sobre la restricción de la punibilidad de las acciones "neutrales" a nivel del tipo subjetivo, en la dogmática alemana, *vid.* Schurmann (2021), punto 1.4.

CAPÍTULO X:
AUSENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
(ANTIJURIDICIDAD)

1. Introducción

Para la punibilidad de un hecho no basta su adecuación a la figura legal, es necesario también que sea contrario a la totalidad del ordenamiento jurídico o, dicho de otra forma, debe determinarse si no concurre una norma del ordenamiento jurídico que excepcionalmente permita el hecho típico. Por lo tanto, como expresé en el capítulo III, el vínculo existente entre la antijuridicidad (ausencia de causas de justificación) y el tipo penal constituye una relación de regla-excepción.

La ley chilena contempla las siguientes causas de justificación: a) legítima defensa; b) el estado de necesidad justificante; c) cumplimiento de un deber; d) ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, y e) la obediencia jerárquica. Que el legislador expresamente mencione estas causas de justificación no implica que sean las únicas. En efecto, del sistema normativo en su conjunto pueden surgir otras permisiones justificantes (*v. gr.*, el consentimiento de la víctima) que justifiquen el comportamiento típico[723].

2. Legítima defensa

En el derecho romano se concibió la legítima defensa como un derecho individual originario, mientras que el derecho germánico la entendió como una forma de protección del orden jurídico[724]. Actualmente se sostiene que cumple un doble papel: de defensa del propio interés individual y del or-

723 Así, Garrido Montt (2005), pp. 146 y ss.

724 Mir Puig (2015), pp. 444 y ss. –38–; Jescheck y Weigend (1996), pp. 336 y ss.

denamiento jurídico[725]. No debe olvidarse que, en la sociedad organizada, el monopolio de la violencia corresponde al Estado; de allí que este solo excepcionalmente pueda renunciar a ella.

El Código Penal (art. 10 Nº 4) establece que no es punible "el que obra en defensa de su persona o derechos". Se entiende así la legítima defensa como un conflicto de intereses del agresor y el agredido, en el cual obviamente debe prevalecer el interés del agredido[726].

2.1. Requisitos objetivos

Exige el citado Nº 4 del artículo 10 del Código Penal las siguientes condiciones objetivas de la legítima defensa:

a) "Agresión ilegítima". Por agresión debe entenderse el ataque en contra del bien jurídico protegido por parte del agresor. No necesariamente debe ser de carácter físico[727], en el sentido de acometimiento corporal, pudiendo consistir en un simple ataque ideal[728]. Así, actúa en defensa de su vida privada el político que durante un importante programa televisivo arrebata el micrófono al periodista justo antes de que este, sin justificación alguna, revelare los secretos sexuales de aquel. El acto del periodista constituye una agresión desde el punto de vista jurídico (ofensa)[729].

725 Mir Puig (2015), p. 445 –39–; Jescheck y Weigend (1996), p. 336; Cerezo Mir (2005), pp. 207 y ss. Para Roxin, el fundamento de la legítima defensa es la protección individual (1981, p. 76). Según Wilenmann, "que haya un incumplimiento de prohibiciones establecidas respecto a una posición jurídica ajena hace que el restablecimiento de la situación normativa correcta sea reconocido por el derecho" (2015, p. 640; en general, *vid.* pp. 639 y ss.).

726 Sobre una configuración solidaria de la legítima defensa, *vid.* Van Weezel (2015a), pp. 332 y ss.

727 Luzón Peña (1978), pp. 135 y ss.

728 Así, Reyes Echandía (1997), p. 111. Sobre la relación entre la naturaleza de la agresión y el carácter de los bienes jurídicos defendibles, *vid.* Wilenmann (2017), pp. 430 y ss.

729 En este sentido, afirma la Corte Suprema que la agresión "significa no tan sólo el acometimiento físico de una persona en contra de otra, sino que además, comprende el quebranto de todo derecho ajeno, la injuria, amenaza o provocación, que una persona haga a otra de cualquier manera. Y en este sentido la usa el art. 10 del Código Penal en sus números 4°, 5° y 6°. El concepto no está, pues, limitado al solo ataque corporal

Se afirma que la agresión debe provenir de un ser humano; por lo tanto, debe tratarse de una conducta[730]. Si procede de alguien que actúa bajo una fuerza física irresistible o en estado de inconsciencia, su repulsión no configuraría una legítima defensa, sino un posible estado de necesidad. Volviendo al caso relatado al estudiar la autoría mediata, el bañista de la piscina que, para impedir el golpe que muy probablemente le lesionaría, empuja al niño que le es lanzado por un tercero, obra en legítima defensa respecto de quien arrojó al niño, pero con relación a este último sujeto instrumentalizado, que actúa sin voluntad, concurriría un estado de necesidad.

La agresión puede consistir tanto en una acción como en una omisión[731]. En todo caso, para que la omisión se traduzca en una agresión ante la cual quepa actuar en legítima defensa es fundamental que la misma parta de un actuar precedente antijurídico. Ejemplo de ello sería el del recluso que amenaza al guardia de la cárcel, quien se niega a liberarlo, habiendo cumplido aquel su condena. Si el presidiario logra, mediante sus amenazas, que el carcelero desista de su actitud y lo deje en libertad, estaríamos ante un supuesto de legítima defensa. Por lo tanto, solo cabría legítima defensa ante una omisión cuando esta impida el goce de un derecho del agredido y el agresor omitente sea quien pueda facilitarlo mediante su intervención[732].

La agresión debe ser contraria a derecho, ilegítima dice la ley, aunque no es necesario que sea un delito[733]. Así, quien le quita la bici-

[…]. El Código Penal no sólo reprime los ataques a la integridad física de las personas, sino que también tutela sus bienes morales, y el ataque a éstos puede legitimar reacciones de hecho en contra del agresor, originando la legítima defensa que contempla el citado artículo 10" (sentencia de la Corte Suprema de 15 de noviembre de 1968, cit. por Muñoz *et al.* (2011), p. 42).

730 Welzel (1993), p. 101; Geilen (1981), p. 201.

731 Roxin y Greco (2020), p. 775 –11–; Roxin (1997), p. 613 –11–; Geilen (1981), p. 201. Sobre los problemas que representa la legítima defensa ante omisiones, aunque a favor de su admisión, *vid.* Wilenmann (2017), pp. 436 y ss. En contra de la posibilidad de legítima defensa frente a omisiones, Garrido Montt (2005), p. 169.

732 Según Roxin, una agresión por omisión solo puede darse respecto de "quien tenga que responder por la evitación del resultado" (1997, p. 613 –11–; Roxin y Greco, 2020, p. 775 –11–; similar, Jescheck y Weigend (1996), p. 339).

733 En este sentido, Etcheberry (1998), tomo I, p. 253; Garrido Montt (2005), pp. 168 y 171.

cleta propia al vecino en el momento en que este, sin consentimiento del primero, la tomaba para dar un paseo, actuaría en defensa ante el llamado "hurto de uso" (atípico). Por otro lado, no constituyen agresiones aquellos actos que se realizan en el ámbito del riesgo permitido, aunque puedan lesionar un bien jurídico[734].

No se requiere tampoco que la agresión sea dolosa, pudiendo provenir de una actividad imprudente[735]. Si A empuja a B, quien manipula de forma temeraria e insegura un arma cargada, para evitar ser apuntado accidentalmente con la misma, se estaría en presencia de un auténtico acto de legítima defensa. Asimismo, actuaría en legítima defensa el sujeto que lanza un objeto contundente contra el vidrio trasero de un vehículo para alertar al conductor, quien retrocede imprudentemente, sobre la presencia de un niño que juega desprevenido cerca del automóvil con alto riesgo de ser atropellado.

Igualmente, surge la cuestión relativa a si la agresión puede proceder de una persona en quien no concurra el elemento culpabilidad, como el supuesto de ataques de inimputables o personas que actúan bajo error de prohibición[736]. La solución debe ser afirmativa, ya que se trata de hechos antijurídicos ("ilegítimos"); de allí la posibilidad de defenderse de este tipo de acciones: actuaría en legítima defensa el sujeto que repele la agresión de la persona que padece esquizofrenia, quien durante una alucinación intenta golpearle con un objeto contundente[737].

734 Jakobs (1995), p. 463 –14–; (1993), p. 385 –14–.

735 A favor de admitir la agresión imprudente, por todos, Mir Puig (2015), pp. 448 y ss. –49–; Welzel (1993), p. 101. Opinan que la agresión debe ser dolosa, Muñoz Conde y García Arán (2015), p. 347. Ante un ataque imprudente, afirman estos últimos autores, solo puede actuarse bajo estado de necesidad. Igualmente en contra de admitir legítima defensa ante agresiones no dolosas, Garrido Montt (2005), p. 169; Guerra (2018), p. 83.

736 Se pronuncian por la negativa, Luzon Peña (1978), pp. 336 y ss. –especialmente, pp. 341 y ss.–; igualmente, Baumann *et al.* (2016), pp. 408 y ss. –58–.

737 No obstante, afirma Jescheck que el fundamento de la legítima defensa en el caso de agresiones de niños, jóvenes inmaduros, ebrios, enfermos mentales, sujetos que actúan bajo error, imprudentemente o en estado de necesidad, sería la facultad de autodefensa, por lo tanto "el agredido ha de limitarse a la protección de los bienes y solo puede lesionar al agresor en caso de que no pueda rehuirle sin abandonar el interés protegido"

La agresión debe ser actual en el sentido de que esté ocurriendo o ser inminente su ejecución. Esta característica se deriva del carácter necesario de la defensa[738]. No obstante, quedaría por dilucidar en qué momento se considera que el ataque es inminente. Desde mi punto de vista, ello se da cuando la reacción defensiva constituye la única posibilidad, en concreto, para salvaguardar el bien jurídico (defensa necesaria)[739].

Los sistemas de defensa preestablecidos (*v. gr.*, cercas de alambre de púas, rejas electrificadas, etc.), que se utilizan para proteger casas o locales comerciales, plantean el problema de si existe en esos casos la actualidad de la defensa. Según un sector de la doctrina, se cumple este último requisito aun cuando los medios de protección se instalen previamente, si la defensa se pone "en marcha precisamente en el momento de la agresión"[740]. En efecto, pareciera obvio que se pueda preparar la defensa ante futuras y posibles agresiones. La solución contraria implicaría restringir la posibilidad de repeler los ataques a un inmueble a la permanencia en este de su defensor. Sin embargo, opino que estos dispositivos de defensa encuadrarían dentro del llamado ejercicio legítimo de un derecho[741]. El dueño de una propiedad tiene el derecho a restringir o impedir la entrada a esta siempre que el medio para hacerlo sea proporcional.

b) "Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla". Aunque este requisito legal solo aluda al medio empleado, debe interpretarse que se refiere a la necesidad de defensa, en el sentido de que esta debe ser la única posibilidad para "impedir o repeler la agresión"[742]. En efecto, el carácter excepcional de la norma de per-

(1978, vol. I, p. 470; Jescheck y Weigend (1996), pp. 345 y ss.). Es decir, el agredido debe optar por utilizar el medio menos lesivo.

738 Mir Puig (2015), p. 450 –52–; Jiménez de Asúa (1980), p. 294.

739 Similar, citando la jurisprudencia alemana, Roxin (1997), p. 620 –24–; Roxin y Greco (2020), pp. 781 y ss. –25–. En contra de que la agresión (de ser delictiva) deba estar ya en fase de ejecución (tentativa), Welzel (1993), p. 101.

740 Roxin (1997), p. 622 –28–; Roxin y Greco (2020), p. 783 –29–

741 Considera que estos casos deben tratarse dentro de la legítima defensa, Etcheberry (1998), tomo I, p. 261.

742 Restringe este criterio únicamente a los medios, por todos, Etcheberry (1998), tomo I, pp. 254 y ss. Por su parte, a favor de calificar la legítima defensa como "necesaria",

misión de la defensa implica que esta solamente se justifique cuando la persona no pueda actuar de otra manera[743]. Dicha necesidad se determina analizando la situación concreta, pero valorada desde un punto de vista *ex ante*: ¿qué hubiese hecho una persona agredida, media, en la situación planteada?[744].

Una vez afirmada la *necesidad de defensa*, hay que determinar si el autor de la legítima defensa usó el *medio adecuado* para impedir o repeler la agresión[745]. Esta valoración también debe hacerse desde un punto de vista *ex ante*, atendiendo a las circunstancias concretas de quien se defiende. Así, el agredido debe utilizar, si es posible, el medio menos lesivo para la defensa, eficaz para impedir o repeler la agresión[746]. Obviamente, debe tenerse en cuenta al analizar el medio que quien se defiende no debe soportar daño alguno ni poner en riesgo sus propios bienes jurídicos[747].

Labatut (1972), p. 280; Wilenmann (2017), pp. 425 y ss.; del mismo, aunque aludiendo al fundamento último de la legítima defensa (2015), pp. 651 y ss., especialmente p. 653.

743 Considera que la defensa no debe ser "el único medio o camino para evitar la lesión del bien jurídico defendido". Bullemore (2011), p. 54; similar Etcheberry (1998), tomo I, p. 256; Garrido Montt (2005), pp. 173 y ss.

744 Jescheck y Weigend (1996), p. 343. Mir Puig habla de racionalidad de la defensa, según la cual es "suficiente una necesidad *aproximada*, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*)" (2015, p. 454 –65–).

745 "La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, exige que el que se defiende se encuentre en la necesidad de acudir al medio defensivo empleado: surgirá esta necesidad cuando la agresión implique un riesgo inminente y grave para el agredido, y será racional el uso del medio cuando la sana razón lo justifique, atendidas la calidad de la agresión, las condiciones físicas del agresor y agredido, y la naturaleza del bien jurídico que trata de proteger" (SCS de 22 de mayo de 1968, cit. por Muñoz *et al.* (2011), pp. 42 y ss.).

746 Roxin y Greco (2020), p. 789 –42–; Roxin (1997), pp. 628 y ss. –41–. En Chile, por todos, Cousiño (1979), p. 270. Sobre los posibles fundamentos para el uso del medio menos lesivo, *vid.* Van Weezel (2015a), pp. 327 y ss. Crítico de la regla de opción del medio menos lesivo en situaciones de estrés ante la agresión ilegítima, Vera Sánchez (2019), especialmente pp. 286 y ss., y 290.

747 Roxin y Greco (2020), p. 789 –42–; Roxin (1997), pp. 628 y ss. –41 y ss.–. Vera Sánchez cita la SCS, de 3 de mayo de 2007, según la cual: "[…] frente al ataque de un individuo y la asechanza de varios más, encontrándose la víctima en el suelo y prácticamente inmovilizada, un disparo parece haber sido lo único que podía hacer en su

Dentro de la necesidad de defensa debe considerarse igualmente lo relativo a los *bienes defendibles*, así como la *proporcionalidad* entre la lesión producida por el acto defensivo y el bien jurídico protegido[748]. En cuanto al primer aspecto, solo serán defendibles los bienes jurídicos individuales[749], aquellos que tienen un titular concreto, sea una persona natural o jurídica. Por lo tanto, no cabe la legítima defensa de bienes supraindividuales[750] (*v. gr.*, el medio ambiente o la salud pública): la persona que impide al traficante de drogas la venta del producto no actúa en legítima defensa de la salud colectiva. Que solo puedan defenderse bienes individuales no implica que la legítima defensa sea un acto personalísimo, al punto que la doctrina dominante admite la defensa de bienes de las personas jurídicas[751].

Por otra parte, cuando se analiza la necesidad de la defensa, debe valorarse la *proporcionalidad* de esta[752]. En efecto, la defensa debe ser proporcional al ataque; en consecuencia, debe hacerse una ponderación de los bienes en conflicto. El sujeto que observa el hurto de su

---

defensa, porque no resulta posible tampoco suponer cuál otro habría sido un elemento más efectivo y menos dañino, al cual hubiese podido echar mano en la situación en que se encontraba" (2019, p. 263).

748 Afirma Vera Sánchez que "[l]a necesidad racional del medio empleado se ha traducido, en una de sus aristas, en una ponderación entre el bien jurídico afectado por la agresión y el bien jurídico afectado por la defensa. De ahí que, por ejemplo, parte de la doctrina nacional considere que la necesidad racional del medio empleado se pueda entender como una exigencia de un criterio de proporcionalidad" (2019, p. 266). En esta línea, refiere dicho autor la SCS, Rol N° 1099-2003, de 17 de octubre de 2005, considerando 14°.

749 Luzón Peña (1978), pp. 534 y ss.; Cerezo Mir (2005), p. 219; Roxin y Greco (2020), p. 784 –30–; Roxin (1997), p. 623 –29–; Wilenmann (2017), pp. 426 y ss.; igualmente, pareciera limitar la defensa a bienes individuales, Garrido Montt (2005), pp. 167 y ss.

750 Por todos. Sternberg- Lieben (1996), p. 302. A favor de la protección de bienes colectivos, Bullemore (2011), p. 54.

751 Así, Luzon Peña (1978), p. 535; Jescheck y Weigend (1996), p. 340.

752 Para Roxin y Greco, la proporcionalidad no se relaciona con la necesidad de la defensa (2020, p. 793 –47–; Roxin (1997), p. 632 –46–). Mañalich pareciera sostener que el estándar para considerar justificada una conducta de legítima defensa "es el de la necesidad racional del medio empleado, estándar que no responde a un criterio de proporcionalidad en sentido estricto sino que a una prohibición de exceso (que se deriva del principio de proporcionalidad bajo la forma de una máxima de necesidad)" (2006, p. 82). Igualmente, considera que la proporcionalidad no es requisito de la legítima defensa, Garrido Montt (2005), p. 173.

vehículo desde su habitación situada en lo alto de un edificio, ante lo cual opta por disparar y matar al ladrón, actuaría de forma excesiva y debe responder penalmente. La defensa de la propiedad no puede justificar matar a un ser humano por el evidente mayor valor jurídico-social de la vida. En este ejemplo se constata un desbalance entre el bien jurídico protegido y el afectado; de allí el exceso punible. Obviamente, hay casos donde puede no existir una proporcionalidad estricta entre los bienes en conflicto por tratarse de intereses personalísimos, e igualmente concurriría la legítima defensa. De cierta manera, entre los bienes personalísimos (vida, salud individual, libertad sexual y libertad personal) existe una estrecha relación de continuidad que los asemeja y equipara en el caso concreto. Así, la mujer que, para impedir ser violada, y sin tener más alternativa toma un arma de fuego y mata al agresor, actuaría en legítima defensa. Aunque pudiera afirmarse "en abstracto" que la vida es más importante que la libertad sexual, es obvio que la mujer no tiene por qué soportar la agresión en razón de una "abstracta" desigualdad entre el arma de fuego y la agresión sexual. En consecuencia, la desproporción entre el bien defendido y el interés del agresor solo es relevante cuando se da entre bienes personalísimos y bienes no personalísimos (totalmente disponibles). Por ejemplo, sacrificar la vida del agresor para proteger la propiedad, el honor o la privacidad del agredido resulta a todas luces excesivo.

c) "Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende". Quien actúa en legítima defensa no debe haber provocado la agresión que repele. Pero la ley no se refiere a cualquier provocación, sino a una "provocación suficiente". La forma cómo la doctrina ha determinado el carácter "suficiente" de la agresión va desde planteamientos objetivos hasta formulaciones de carácter subjetivo. En efecto, un sector considera necesario determinar la *magnitud* de la provocación, la cual explicaría la reacción del agresor y, en consecuencia, anularía la defensa del provocador[753]. Otro sector apunta a la falta de inocencia del sujeto que se defiende: no cabría legítima defensa si el sujeto provoca "intencionalmente" la respuesta del agresor[754].

753 Así, por todos, Cerezo Mir (2005), p. 240; Bacigalupo (1997), p. 266.

754 *Vid* Mir Puig (2015), pp. 456 y ss. –80–.

Considero que el Código Penal, al utilizar el término "suficiente", alude a una circunstancia objetiva, concretamente a si la provocación del defendido fue de tal magnitud que explique la reacción del agresor. En tal sentido, debe valorarse si una persona media. situada en la posición del agresor, hubiese actuado igual ante la referida provocación. Si un sujeto gasta una broma pesada a un amigo, incluso con intención de que este se moleste, ante lo cual ese amigo reacciona intentando golpearlo con una barra de hierro, tal provocación no anularía la posibilidad de legítima defensa del bromista. En definitiva, la intención no es relevante, sino el grado de la provocación.

2.2. Requisitos subjetivos

Como en toda causa de justificación, es requisito un elemento subjetivo para la concurrencia de la legítima defensa, el cual se traduce en el conocimiento de la agresión y la voluntad de defensa[755]. Sanz Moran cita los siguientes ejemplos de la doctrina: un joven que quiere asesinar a su padrastro se introduce armado en su habitación y consigue matarlo justo en el instante en que este atacaba con intención homicida a la madre del joven, aunque –por la oscuridad– el hijastro no pudo percatarse de esta circunstancia. La acción del hijo sería una defensa necesaria de la madre (caso "Albrecht", referido por Binding)[756].

Del mismo modo:

> "Una mujer irritada golpea fuertemente con un rodillo a un delincuente armado que fuerza de noche la puerta de su vivienda, confundiéndole con su marido, quien frecuentemente vuelve a casa, completamente ebrio a esa misma hora [...] dos cazadores furtivos se apostan en distintos puntos del bosque para agredir al guarda, pero al disparar sobre este el primero de aquellos alcanza a su compañero" (Spendel)[757].

755 Mir Puig (2015), p. 455 –70–; Welzel (1993), p. 103; Roxin y Greco (2020), p. 836 –129–; Roxin (1997), p. 667 –109–.

756 Sanz Moran (1993), p. 1.

757 Sanz Moran (1993), p. 2.

"A dispara a su enemigo B, por odio, cuando este entra en casa de A, sin darse cuenta que en el momento inmediatamente anterior B pensaba hacer lo mismo" (Oehler)[758].

En estos ejemplos, la persona que se defiende, o defiende al tercero, lo hace sin conocer las circunstancias de la agresión, aunque objetivamente logra una acción eficaz de defensa. No obstante, respondería penalmente, ya que actuó sin el referido elemento subjetivo[759].

Podría afirmarse que la ley chilena exige una determinada relación subjetiva entre la acción objetiva de defensa y el sujeto que se defiende. Así, el Código Penal incluye implícitamente este requisito cuando en el Nº 6 del artículo 10 establece la impunidad de quien "obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor *no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*" [énfasis añadido]. La alusión a un elemento subjetivo parece indudable en este caso[760]. Por otra parte, el propio numeral 4 del artículo 10 referido, que encabeza los requisitos de la legítima defensa, se refiere a quien "obra *en* defensa"[761]. Literalmente, esta expresión implica que la persona persigue, busca defenderse de la agresión. Además, "obrar" supone necesariamente una actitud consciente del sujeto.

La exigencia de este elemento subjetivo conduce, por contrapartida, al análisis de su falta de correlación con los elementos objetivos de la legítima defensa, es decir, al llamado *error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación* (en este caso, de la legítima defensa). Así, la novia trepa a la ventana de la casa de su enamorado con un ramo de flores. El novio observa en la penumbra la silueta de alguien que trata de entrar a

758 Sanz Moran (1993), p. 2.

759 A favor de su exigencia en la doctrina española, por ejemplo, Gomez Benítez (1980), p. 175; Rodriguez Mourullo (1976), pp. 25 y ss.; Valle Muñiz (1994), pp. 74 y ss.; Maqueda Abreu (1984), pp. 1107 y ss. En contra, por todos, Carbonell Mateu (1982), p. 107.

760 En el mismo sentido, Bullemore y McKinnon (2022), p. 129.

761 Así, Bullemore y McKinnon (2022), p. 128; Garrido Montt (2005), pp. 147 y ss. Crítico de esta interpretación, por todos, Politoff (2008), pp. 55 y ss. Se pronuncia Politoff en contra de una exigencia general, para todas las causas de justificación, de un elemento subjetivo aunque acepta que en determinados casos pueda ser exigido por la ley (pp. 52 y ss.).

su casa con un objeto en la mano y, creyendo que se trata de un asaltante, lanza un objeto contundente contra la novia causándole una lesión. Aquí, la falta de conexión entre las circunstancias objetivas y el componente subjetivo de quien se defiende (el sujeto cree que va a ser agredido, pero dicha agresión objetivamente no existe) conduce a la ausencia de legítima defensa, configurándose el mencionado caso del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de este error? ¿Constituye un *error de tipo* o un *error de prohibición*?

Al respecto, la doctrina tradicional lo considera un error de prohibición:

"Quien lesiona corporalmente a otro, porque se imagina agredido por él (legítima defensa putativa) o porque cree admisible herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque piensa que se puede corregir corporalmente al que injuria (suposición errónea de una causal de justificación no reconocida jurídicamente), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de estar autorizado para ello. No obra en desconocimiento del tipo [...]"[762].

Es decir, en estos casos se sostiene que el sujeto conoce la agresión y, en consecuencia, quiere defenderse. Por lo tanto, existe el dolo, aunque concurre un desconocimiento de la norma[763]. Un segundo sector, sin compartir la llamada "teoría de los elementos negativos del tipo", considera que el caso tratado representa un error de tipo negativo[764], mientras que el error de prohibición sería únicamente la equívoca percepción de la norma que permite la realización del hecho (*v. gr.*, el caso del vigilante de la cárcel, quien cree que puede disparar contra el condenado fugitivo luego de dar la voz de alto).

Considero, en contra de la posición tradicional de Welzel, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituye un *error de tipo*, precisamente porque se realiza el supuesto de hecho del

762 Welzel (1993), p. 199; similares, Muñoz Conde (1989), pp. 56 y ss.; Cobos Gómez de Linares (1987), pp. 224 y ss., y 265; Garrido Montt (2005), pp. 150 y ss. Ya en contra del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error "de prohibición". Von Weber (1951), p. 262.

763 En la jurisprudencia chilena, es paradigmática la citada SCS, de 4 de agosto 1998, Rol Nº 1338-1998 –ponencia de Cury– (caso "Chépica"), la cual concibió esta clase de error como un "error de prohibición" (sentencia de reemplazo, vistos A, 6º y 7º). Para el análisis, por todos, Vargas (2015), pp. 188 y ss.

764 Así, Mir Puig (2015), p. 458 –86–.

tipo penal en razón de una falsa percepción de la realidad. De manera que nos encontramos bajo un doble error: el sujeto parte de una primera equivocación (creer que lo están atacando) que lo conduce al segundo error (creer que puede defenderse). El desconocimiento de la situación fáctica origina que el autor yerre sobre la norma. El primer error, a mi modo de ver, constituye un error de tipo, ya que el supuesto dolo "existente" sería un "dolo" al cual le faltaría uno de sus elementos esenciales: el conocimiento. En otras palabras, un conocimiento errado (falso) equivale a un desconocimiento. Si el novio hubiese sabido que quien pretendía entrar en la casa era su pareja, en modo alguno habría lanzado el objeto que la lesionó (hecho voluntario que parte de un conocimiento equivocado). El hombre causa las lesiones bajo una confusa percepción; de allí la falta de dolo: error de tipo. Y este error de tipo debe ser considerado primordialmente sobre el error de prohibición subsecuente, no solo por su prevalencia cronológica que origina al segundo, sino también por las consecuencias más favorables que supone para el reo (*favor rei*)[765].

Por tratarse de un error de tipo, si el mismo es vencible, se aplicará el tipo culposo respectivo de estar previsto en la ley. Si el error es invencible por circunstancias concretas personales, acarreará la impunidad.

2.3. Legítima defensa de terceros y legítima defensa privilegiada

Los Nºs. 5 y 6 del artículo 10 del Código Penal prevén la defensa *de terceros*, sean familiares o extraños.

Así, el Nº 5 exime de responsabilidad a quien:

"[...] obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor".

765 En Chile, considera el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de tipo, por todos. Wilenmann (2017), p. 424.

Cabe resaltar, en este supuesto, la circunstancia de que se admita la defensa de quien provocó la agresión[766].

A su vez, consagra el referido Nº 6 la justificación de quien "obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo". Sostiene la Corte Suprema que si esos motivos son lo *único* que guía la defensa del extraño, se excluye la legítima defensa[767].

Por otra parte, el segundo párrafo del Nº 6 del artículo 10 del Código Penal reconoce un supuesto de legítima defensa *privilegiada* bajo una presunción legal[768]:

"Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código".

A dicho artículo 10 Nº 6 del Código Penal se le agregó, mediante la Ley Nº 21.560, un cuestionable tercer párrafo que presume la legítima defensa con relación a determinadas actuaciones de los cuerpos de seguridad del Estado:

"Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° de este artículo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior; en dichos casos se entenderá que concurre el uso

766 Admite implícitamente que el defensor conozca la provocación de la agresión por parte del pariente defendido. con tal de que no haya participado en ella. Etcheberry (1998), tomo I, p. 258.

767 SCS de 27 de julio de 2004, Rol Nº 3898-2002, cit. por Vargas (2011), p. 147.

768 Al precisar la norma que se trata de una presunción legal, elimina las posibles reservas sobre si es o no aceptable la prueba en contrario de todas y cada una de las circunstancias que son objeto de presunción. Garrido Montt (2005), p. 178.

racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa".

Incluso, el párrafo siguiente al anterior podría ser más criticable, al establecer ya no solo una presunción de legítima defensa, sino directamente la aplicación de esta causa de justificación a los funcionarios de seguridad que intervienen para proteger personas en situaciones de descontrol del orden público:

"Los numerales 4°, 5° y 6° se aplicarán respecto de los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior ante agresiones contra las personas. De afectarse exclusivamente bienes, procederá la aplicación del número 10° del presente artículo".

3. Estado de necesidad justificante

La siguiente causa de justificación en orden de importancia es el llamado *estado de necesidad*, en el cual, a diferencia de la legítima defensa, concurre un conflicto entre bienes legítimamente protegidos por el derecho[769]. El sujeto que enfrenta un peligro grave e inminente se encuentra en la necesidad de afectar un bien jurídicamente protegido para salvaguardar el suyo o el de un tercero: el capitán del barco ordena arrojar la carga por la borda para estabilizar la nave y salvar a la tripulación de un seguro naufragio. Aquí, la colisión se plantea entre la legítima propiedad de la carga y la vida de los ocupantes del navío, ambos intereses protegidos por el derecho[770]. Por su parte, como vimos, en la legítima defensa hay una oposición entre el interés del agresor –que en modo alguno el derecho puede proteger– y el interés legítimo del agredido.

769 Para Molina, siguiendo la doctrina alemana, todas las causas de justificación podrían reconducirse al estado de necesidad (2009, pp. 29; 44 y ss., y 102).

770 Mir Puig (2015), p. 462 –4–.

3.1. Clasificación

La doctrina dominante distingue dos clases de estado de necesidad (teoría de la diferenciación): el estado de necesidad como causa de *justificación* y el llamado estado de necesidad disculpante (causa de *inculpabilidad*)[771]. En principio, podría afirmarse que en el estado de necesidad justificante existe una contraposición entre intereses de distinta entidad, sacrificándose el interés no personalísimo, menor desde un punto de vista valorativo, en aras del interés mayor. En cambio, en el estado de necesidad disculpante, lo fundamental será la situación exterior al sujeto que le constriñe a actuar *necesariamente* de una determinada forma para salvaguardar su derecho personalísimo (no exigibilidad de otra conducta). Por ello, la diferencia esencial entre el estado de necesidad justificante y el disculpante estribaría en que en el primero se atiende a la ponderación de los bienes jurídicos en juego, es decir, a la valoración de la afectación de un bien menor para salvaguardar otro de mayor importancia[772]. En cambio, en el estado de necesidad disculpante, las similares características y circunstancias de los bienes (personalísimos) en conflicto obligan a considerar el desvalor de conducta y analizar si al autor del estado de necesidad se le podía exigir una conducta distinta. En este último caso, no obstante, el acto será contrario al derecho, por lo que podría repelerse la injusta agresión: en el ejemplo de la tabla de Carnéades, el náufrago que mata al otro para sostenerse en la tabla que solo soporta el peso de uno, realiza un acto injusto. De allí que el náufrago agredido originalmente pueda defenderse legítimamente aunque el agresor actúe bajo un estado de necesidad.

A su vez, dentro del estado de necesidad justificante, la doctrina diferencia el estado de necesidad *agresivo* y el *defensivo*[773]. En el primero, "el sujeto que obra en estado de necesidad ataca el bien jurídico de una per-

771 Mir Puig (2015), pp. 466 y ss. –19 y ss.–.

772 A favor de la concepción de los intereses ponderados y el examen de la proporción, como niveles valorativos autónomos del estado de necesidad justificante, Grebing (1979), pp. 81 y ss.; en la misma línea, Molina, para quien toda causa de justificación se basa en una ponderación de intereses (2009, pp. 23; 33 y ss., y 124). En Chile, por todos, Ossandón (2012), p. 344; Vargas (2013), pp. 762 y ss. Crítico del llamado "interés preponderante" como justificación del estado de necesidad, Wilenmann (2014), pp. 226 y ss.; (2016a), pp. 31 y ss.

773 Esta distinción enfoca la institución comentada desde el ángulo del origen del peligro y el deber de soportar la acción necesaria.

sona no implicada para salvarse o salvar a otro de un peligro"[774]; el mismo configura el supuesto paradigmático del estado de necesidad justificante[775], contrapuesto nítidamente a la legítima defensa en razón de que el titular del bien jurídico afectado por la acción necesaria en modo alguno está relacionado con el peligro a evitar[776].

Un sector de la doctrina fundamenta el estado de necesidad agresivo en un supuesto deber de solidaridad[777], lo cual implica que el titular del bien jurídico afectado por la agresión necesaria deba soportar el sacrificio del mismo[778]. Como he dicho antes, lo que convierte esta forma de estado de necesidad en un acto justo, conforme a derecho, es la ponderación de bienes[779], lo cual a su vez explica el deber de sacrificio. En efecto, el bien menor debe tener carácter disponible (*v. gr.*, la propiedad o la privacidad) y se sacrifica en aras de un interés personalísimo.

---

774 Roxin (1997), p. 705 –62–.

775 Ídem; Ossandón (2012), p. 338.

776 En esta modalidad, "todo posible afectado por la acción de salvaguarda que pueda emprender el sujeto necesitado, o un tercero en su auxilio, ha de ser 'ajeno a la originación de la fuente de peligro' que desencadena la situación de peligro –desde el punto de vista jurídico-penal–". Baldó (1994), p. 169.

777 Ya aludía Baldó a la relevancia de la "solidaridad intersubjetiva" en la defensa necesaria y el estado de necesidad justificante –agresivo y defensivo– (1994, pp. 65 y ss.).

778 Así, por todos, Coca Vila (2011), p. 29; Wilenmann (2014), pp. 234 y ss. Baldó resalta la aludida "solidaridad general intersubjetiva" en esta clase de estado de necesidad, aunque sin descartar lo relativo al interés preponderante (1994, pp. 169 y ss.). Similar a este último autor, Mañalich (2013), p. 720; (2006), p. 77. Según Van Weezel, el estado de necesidad agresivo solo aplica en situaciones de catástrofe, bajo condiciones muy extremas, en función del principio de solidaridad (2016, p. 222): "[…] en el estado de necesidad agresivo no hay competencia del afectado por la situación de necesidad, y por lo tanto con mayor razón hay una exigencia de subsidiariedad y de ponderación de los bienes o intereses en juego, pero esto último no tiene un sentido sólo correctivo, sino fundante, ya que sólo se justifica la conducta en caso de que exista un claro balance a favor del bien que se salva, es decir, básicamente en situaciones que pueden calificarse como catastróficas. Como el fundamento de la justificación es pura solidaridad (o sus equivalentes), el ámbito de la justificación es pequeño y sus límites son estrictos. Aquí la ponderación tiene una función cofundante de la justificación" (p. 229).

779 En este sentido, Bascuñán Rodríguez (2004b), p. 70. Según dicho autor, en el estado de necesidad agresivo la "razón de la exigencia de preponderancia es obvia: si el interés de afectación es enteramente ajeno a la creación del peligro, no puede justificarse su afectación como medio para proteger un interés de menor peso específico […]" (p. 70).

Por su parte, en el llamado estado de necesidad *defensivo*, el sujeto "se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción de estado de necesidad"[780]. En esta segunda modalidad, el titular del bien sobre el cual recaerá la acción necesaria se relaciona de algún modo con el peligro a evitar, bien porque lo haya creado causalmente, bien en razón de que su actuar resulta ilegítimo, sin que concurran las condiciones de una auténtica legítima defensa para contrarrestarlo[781]. Esta última circunstancia conduce a concluir que el estado de necesidad defensivo opera por defecto de los requisitos necesarios de la legítima defensa, sin que llegue a operarse un exceso de esta última[782]. Como ejemplo de estado de necesidad defensivo cabría mencionar el señalado previamente de quien repele el impacto de una persona arrojada por otro, es decir, objeto de fuerza física irresistible[783]. También la reacción contra quien actúa bajo un error de tipo invencible[784]: el ciego se abalanza contra un niño de corta edad a quien no ha podido detectar mediante su bastón, ante lo cual el padre del infante empuja al invidente para evitar una lesión al niño.

---

780 Roxin (1997), p. 705 –62–. "La situación de estado de necesidad defensivo se caracteriza porque en ella existe un sujeto que es en alguna medida responsable de la fuente de peligro que crea la situación de conflicto […] el peligro que origina esta situación de necesidad procede de la propia esfera organizativa del sujeto que posteriormente resultará afectado por la 'acción de salvaguarda defensiva'". Baldó (1994), p. 170.

781 Para Van Weezel, el estado de necesidad defensivo como causa de justificación se basa en el principio de "responsabilidad o competencia por el riesgo que dio origen a la institución justificada" (2016, p. 227). Por su parte, sostiene Coca Vila que esta clase de estado de necesidad se fundamenta en los principios de "responsabilidad" y de "solidaridad intersubjetiva" (2011, p. 29). En consecuencia, "[…] únicamente cabe conjurar peligros en estado de necesidad defensivo cuando el sujeto contra el que se responde sea responsable en términos de imputación objetiva por la creación o la no contención del peligro que desencadena la situación de necesidad […]". Coca Vila (2011), p. 33; igualmente, p. 35.

782 Van Weezel concibe esta modalidad de estado de necesidad como una pequeña legítima defensa (2018b, pp. 1117 y ss.). Para Mañalich, el estado de necesidad defensivo se sitúa entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, e "impone una exigencia de proporcionalidad que es intermedia frente a la sola exigencia de racionalidad del medio empleado, asociada a la legítima defensa (artículo 10 N° 4, circunstancia 2ª, del Código Penal), y a la exigencia de preponderancia (relevante) del interés salvaguardado, asociada al estado de necesidad agresivo (artículo 10 N° 7, circunstancia 2ª, del Código Penal) […]" (2006, p. 77).

783 Roxin (1997), p. 705 –63–.

784 Así, Coca Vila (2011), p. 4.

Igualmente, se incluye dentro del estado de necesidad defensivo la respuesta a una agresión ilegítima, aunque en modo alguno actual o inminente (legítima defensa preventiva):

"[S]e impide una agresión sólo en fase de preparación con medidas preventivas, porque posteriormente ya no sería posible (o sólo lo sería con mucha mayor dificultad) una defensa"[785].

Así, es gráfico el caso del "tirano doméstico" a quien la mujer da muerte en el momento en que duerme o es vulnerable ante el ataque. El fundamento de la necesaria defensa en este último caso sería la creación de un permanente estado de agresión por parte del maltratador, el cual no puede cesar sin el ataque en situación favorable por parte de la persona vejada. Se trataría de un supuesto parecido al del secuestrado que agrede a sus captores para lograr su libertad, respecto del cual nadie dudaría en calificar de legítima defensa[786].

3.2. Regulación legal

El Código Penal establece dos supuestos claros de estado de necesidad justificante, en el sentido de que permiten el sacrificio de un bien de menor valor jurídico, la propiedad o la privacidad, en aras de un bien mayor. Así, establece el artículo 10 en su N° 7 el supuesto de estado de necesidad justificante lesivo de la propiedad ajena:

"Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

7.° El que para evitar un mal ejecuta un hecho, que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

785 Roxin (1997), p. 706 –63–.

786 En este sentido, Villegas (2010), pp. 156 y ss. Esta autora pareciera considerar los casos del tirano doméstico agredido por la mujer sometida como auténticos supuestos de legítima defensa (ídem), o como ejemplos de estado de necesidad defensivo (pp. 160 y ss.). Para Van Weezel, el caso del tirano doméstico se estudia como un supuesto de defensa anticipada, que no constituye legítima defensa por la falta de actualidad o inminencia de la agresión (2015b, p. 346), de allí que dicho autor aluda al estado de necesidad defensivo (pp. 347 y ss.). Igualmente, considera este caso como un estado de necesidad "defensivo preventivo", Sierra (2022), pp. 175 y ss.

Primera.-Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

Segunda.-Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera.-Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

Por su parte, el artículo 145 del Código Penal posibilita el sacrificio de la privacidad doméstica o comercial a fin de proteger un bien de mayor valor:

"La disposición del artículo anterior (*sc.* Delito de allanamiento de morada) no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia.

Tampoco tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieren abiertos y no se usare de violencia inmotivada".

Adicionalmente, el Código Penal establece en su artículo 10 N° 11 un tercer supuesto general de estado de necesidad, en el cual, según mi opinión, cabría el estado de necesidad disculpante, así como los supuestos de estado de necesidad justificante (agresivo y defensivo) no previstos en los transcritos artículos anteriores[787]. El mismo expresa que están "exentos de responsabilidad":

"11.° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo

787 A favor de la naturaleza dual (exculpante y justificante) de dicho artículo, Cury (2013), pp. 252 y ss. Similar, Acosta (2013), pp. 696 y ss., especialmente p. 698; Santibáñez y Vargas (2011), p. 200; pareciera también aceptar esa doble función del artículo 10 N° 11 del Código Penal, Vidal Moya (2013), pp. 241 y ss. Restringe la comentada norma a supuestos de estado de necesidad justificante, Van Weezel (2018b), pp. 1120 y ss. Por su parte, atribuyen a la disposición una exclusiva naturaleza exculpante, Mañalich (2013), pp. 724 y ss.; Etcheberry (2015), p. 368. En general, sobre las interpretaciones de este ordinal para determinar su naturaleza justificante, exculpante o mixta, *vid.* Castillo (2016), pp. 343 y ss.

aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa".

Piénsese en el caso del sujeto que abre la correspondencia ajena porque le consta que dentro de una carta cerrada proveniente de la empresa que brinda servicios de seguridad está la clave numérica para abrir la puerta de un local comercial que se consume por un incendio, y donde yace inconsciente el vigilante nocturno a causa del humo. Esta violación del secreto de la correspondencia (art. 146 del CP) para salvar la vida del vigilante, auténtico estado de necesidad justificante, solo cabría en el artículo 10 Nº 11 del Código Penal. Igualmente, quien infrinja el secreto profesional (art. 247 inciso segundo del CP) para salvaguardar la vida de una persona de una muerte inminente actuaría bajo un auténtico estado de necesidad justificante, subsumible en el citado Nº 11.

En general, pudiera afirmarse con relación al estado de necesidad justificante que la ley debe ser más estricta en la exigencia de sus requisitos de procedencia[788]. Al respecto, de los artículos previamente referidos podemos deducir los siguientes elementos de esta forma de estado de necesidad:

A) *Requisitos objetivos*

a) Peligro real (actual) o inminente. El artículo 10, en su Nº 7 exige "[r]ealidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar". La palabra "real" quiere decir "que tiene existencia objetiva", por lo tanto, alude a algo que no es imaginario[789]. Sin embargo, llama la atención que en esa disposición el Código Penal lo contraponga al término "inminente". Por lo tanto, pareciera que con el adjetivo "realidad" se hace referencia a que el mal sea actual, a que esté ocurriendo. Un mal inminente aún no existe, aunque se puede obrar al respecto en razón de que necesariamente está próximo a ocurrir. Más claro parece el Nº 11 del artículo 10 del Código Penal, al referirse a la "[a]ctualidad o inminencia del mal que se trata de evitar".

b) Colisión de bienes. Para que el estado de necesidad sea un acto justificado, el bien lesionado (sacrificado) debe ser menor respecto al mayor valor del interés protegido. Como señalé *supra*, el artículo 10

788 Mir Puig (2015), p. 463 –5–.

789 Así, Garrido Montt (2005), p. 185.

Nº 7, 2ª consideración, alude expresamente a la propiedad, mientras que el artículo 145 del Código Penal prevé la lesión de la privacidad mediante la entrada a morada ajena, "cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas", con el fin de "evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia".

Por su parte, dispone el artículo 10 Nº 11, 3ª consideración, "[q]ue el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita". Este polémico requisito contempla el límite máximo admisible para todo estado de necesidad[790]; por lo tanto, abarcaría desde el caso en que la lesión del bien jurídico sea muy inferior al daño evitado, hasta el supuesto de producir un daño levemente mayor bajo condiciones de necesidad. Esta interpretación sería cónsona con la conclusión expresada *supra*, según la cual en dicho ordinal cabe tanto el estado de necesidad *justificante* (salvo los casos especiales previstos en los artículos 10 Nº 7, 2ª consideración, y 145 del CP) como el *exculpante*.

No obstante, la disparidad entre bienes pasa a un segundo plano cuando el conflicto se plantea entre intereses personalísimos[791]. Habría entonces que distinguir si el afectado por la acción necesaria es el origen del conflicto (estado de necesidad defensivo), sin que llegue a configurarse una auténtica agresión ilegítima. En este caso, pudiera lesionarse un bien jurídico personalísimo (*v. gr.*, la salud individual) para salvar la vida o la propia salud[792]. En cambio, la afectación de un bien jurídico personalísimo, cuyo titular en modo alguno guarda relación con el conflicto, solo puede tener carácter de causa de inculpabilidad (estado de necesidad *exculpante* o *disculpante*) que da origen a la llamada no exigibilidad de otra conducta: el sujeto que al derribar la única puerta de salida de su casa en llamas, para salvarse de una muerte segura por el incendio, lesiona gravemente a un niño que se encontraba detrás de esa puerta, no actúa bajo un estado de necesidad justificante aunque en abstracto

790 Al respecto, *vid.* Ossandón (2012), pp. 339 y ss.

791 En esta línea, Mir Puig (2015), pp. 482 y ss. –72–.

792 Sostiene Bascuñán Rodríguez que en el estado de necesidad defensivo "el estándar de ponderación ya no exige preponderancia sino que se conforma con una equivalencia de los intereses en conflicto" (2004b, p. 70).

pudiera afirmarse que la vida constituye un bien más valioso que la salud e integridad física. En este caso, si el padre del niño detiene la puerta para evitar que caiga sobre este, impidiendo a su vez que el habitante en peligro de muerte salga de la casa, estaría actuando en legítima defensa de su hijo (o al menos bajo la figura de un estado de necesidad defensivo). El padre evita una agresión injusta, aunque sea explicable la actitud del sujeto que trata de salvarse del fuego[793].

También debe aclararse que en el caso de *colisión de deberes* de diferente importancia, concurriendo el resto de requisitos legales del estado de necesidad, si se incumple el deber menor para salvaguardar el mayor, estaríamos ante una causa de justificación[794]: el médico de guardia del único centro de salud del pueblo decide dejar de asistir al paciente que sufre un cólico nefrítico para atender a quien llega al hospital herido de bala y en peligro inminente de muerte. En todo caso, la importancia del deber se vincula al contexto situacional y al bien jurídico que está en juego[795].

Por último, el estado de necesidad se extiende a la protección de cualquier bien individual.

c) Que el peligro no pueda evitarse de otro modo. En el estado de necesidad, como expresé antes, la situación de peligro "constriñe" a que el

793 En contra de todo lo afirmado anteriormente, considera Gimbernat que el estado de necesidad, en el supuesto de colisión entre bienes o deberes iguales, también constituye una *causa de justificación* (1990b, pp. 218 y ss.; 1984, pp. 22 y ss.). Según Larrauri, "las eximentes que contengan un límite normativo 'mal menor o igual' [...] debieran tener la consideración de comportamientos autorizados" (1997, p. 89). Igualmente, se pronuncia esta autora a favor de la posibilidad de aceptar un estado de necesidad contra un comportamiento justificado cuando este represente un mal (pp. 109 y ss.).

794 Cuerda Riezu (1984), pp. 242 y ss. Según Bascuñán Rodríguez, la colisión de deberes es susceptible de ser tratada como un estado de necesidad justificante (2004a, p. 151). Para Garrido Montt, el supuesto de colisión de deberes de igual valor, según la legislación chilena, comporta un supuesto de atipicidad (2005, p. 193).

795 Díez Ripollés plantea el caso de la alimentación forzada del recluso en huelga de hambre como un supuesto de colisión de deberes, "entre el deber de actuar del médico dada su posición de garante respecto a la vida y salud del recluso (deber de socorro y auxilio) y el deber de respetar los derechos fundamentales del recluso (libertad, prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes)" (1986, pp. 650 y ss.). Y agrega este autor: "[...] las acciones típicas penales vinculadas a la alimentación forzada en el contexto penitenciario no pueden resultar justificadas a tenor de los intereses plasmados en los deberes contrapuestos concurrentes" (p. 651).

sujeto reaccione para proteger su bien o el de otro. Por lo tanto, su acto representa la única posibilidad de salvaguardar el bien jurídico en el caso concreto. En tal sentido, con relación al mal evitado, dispone el artículo 10 en sus Nº 7, 3ª consideración, y Nº 11, 2ª consideración, que "no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo"[796].

d) Situación de peligro no provocada voluntariamente por el sujeto que actúa bajo el estado de necesidad. Expresa el Nº 11, 4ª consideración, del artículo 10 del Código Penal:

"Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa"[797].

Al respecto, se considera que la causación del peligro debe ser intencional para excluir el estado de necesidad. Ejemplo: con el objeto de cobrar el seguro de su departamento, su propietario idea incendiarlo. Para que la estafa a la empresa de seguros resulte creíble, planea igualmente esperar un tiempo dentro del domicilio en llamas y luego avisar a los bomberos para que le rescaten. Sin embargo, el fuego se propaga rápidamente dentro del inmueble, no pudiendo el estafador cumplir su plan, ante lo cual, dada la imposibilidad de escapar por la puerta principal, decide saltar desde la ventana de su habitación hacia el departamento vecino, logrando así salvarse de una muerte segura. En este caso, el sujeto lesiona un bien menor (la privacidad del vecino) para proteger un bien mayor (su propia vida). No obstante, al haber provocado intencionalmente el peligro, no cabe el estado de necesidad y deberá responder atenuadamente por el delito de allanamiento de morada (art. 183, en concordancia con el Nº 1 del artículo 11 del CP)[798]. Ahora bien, siguiendo con el ejemplo, ¿debe el vecino dejar entrar al estafa-

796 Considera este requisito absolutamente necesario (esencial) cuando se trata del sacrificio de la vida o integridad física de las personas, Guerra (2018), pp. 91 y ss., especialmente p. 96.

797 Aunque este requisito solo se exige expresamente para el estado de necesidad del Nº 11 del referido artículo 10 del Código Penal, debe aplicarse a toda modalidad del mismo, concretamente a los supuestos de los artículos 10 Nº 7 y 145 del Código Penal. Se trata de una condición implícita a todo estado de necesidad, independientemente de los bienes jurídicos en conflicto.

798 Según Garrido Montt, cabe estado de necesidad incluso cuando quien actúa ha provocado intencionalmente el peligro mediante un acto anterior (2005, pp. 183 y ss.).

dor? Por la falta de una condición del estado de necesidad, estaríamos ante un acto contrario a derecho; la acción del estafador de intentar entrar al departamento contiguo para salvarse constituye una auténtica agresión ilegítima respecto de la cual cabría la defensa. Sin embargo, al repeler la agresión, el vecino debe actuar con proporcionalidad; por lo tanto, si no lo deja entrar y el estafador fallece a causa del incendio, aquel respondería por un exceso en la defensa (¿o del estado de necesidad defensivo?).

Por otra parte, si el peligro se ha creado de forma imprudente, no intencional, cabría el estado de necesidad[799]: en el mismo caso anterior, si el incendio lo provoca el sujeto por su torpeza al cocinar o por un cortocircuito causado mientras hacía una reparación eléctrica.

B) *Requisitos subjetivos*

Al igual que en la legítima defensa, el autor debe conocer la situación de peligro y querer obrar en consecuencia. El propio Código Penal expresa que el autor del estado de necesidad obra "*para* evitar un mal", lo cual evidencia que debe perseguir (querer) un fin concreto. Además, resulta obvio que tal objetivo supone un correcto conocimiento de la situación de peligro. Así, en el caso del sujeto que por su imprudencia al cocinar ocasiona un incendio y entra a la casa vecina para salvarse, comprobándose después que las llamas eran escasas y que el humo exageró la situación, estaríamos ante un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (concretamente, del estado de necesidad), error de tipo como antes expliqué[800].

4. Cumplimiento de un deber

Según el Nº 10 del artículo 10 del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal quien obra "en cumplimiento de un deber". Obviamente, solo un deber de naturaleza jurídica podrá constituir una causa de justificación[801], no aquel de contenido ético, moral o religioso.

799 En contra, Mir Puig (2015), p. 485 –79 y ss.–.

800 Según Cerezo Mir, los requisitos para el estado de necesidad deben concurrir de modo objetivo y el análisis de algunos de ellos, concretamente la existencia de un peligro concreto, la inminencia del mal y el carácter evitable de ese mal por otro procedimiento menos perjudicial, debe realizarse conforme a un juicio *ex ante*, situándose el juez en la posición del sujeto activo en el momento en que se disponía a realizar la acción típica (1986, p. 203).

Al respecto, debe platearse nuevamente lo relativo a la *colisión de deberes*, particularmente la hipótesis de que estos sean igual jerarquía. Efectivamente, cuando no concurre la situación de "peligro real o inminente" propia del estado de necesidad, si los deberes son de la misma importancia y el cumplimiento de uno de ellos conlleva el desconocimiento del otro, estaremos ante una causa de justificación siempre que la decisión del obligado sea adecuada. La doctrina sostiene que en este supuesto debe dejarse a criterio del obligado qué deber cumplirá, en cuyo caso constituirá una causa de justificación[802]. No obstante, considero que la decisión del obligado debe valorarse conforme a un juicio *ex ante*, tomando en cuenta la posición del autor. Así, en el supuesto de la junta médica obligada a decidir a cuál de los dos pacientes necesitados debe trasplantar el único órgano disponible en el hospital, la pregunta sería cómo habría obrado un profesional estándar (medio) de la medicina en esa situación: seguramente hubiese optado por el paciente cuyas condiciones vitales ofrecieran mejores posibilidades de aceptar el trasplante. La decisión solo estaría *justificada* en caso de que se actúe de acuerdo a ese modelo ideal. Por lo tanto, si se escoge la opción contraria a tal modelo, pudiera haber responsabilidad penal por una omisión o, a lo sumo, se trataría de un caso de inculpabilidad, como sería el ejemplo del médico que decide trasplantar el órgano a su hijo en peligro de muerte, aunque de antemano sabía que otro paciente en estado crítico tenía más posibilidades de supervivencia. Únicamente se considerará la libre opción del obligado, como factor exclusivo, cuando las circunstancias que rodean dicha decisión sean similares.

5. Ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo

El referido Nº 10 del artículo 10 del Código Penal prevé igualmente como eximente de responsabilidad obrar "en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo".

801 Así, Etcheberry (1998), tomo I, p. 243.

802 Cuerda Riezu (1984), p. 242.

5.1. Ejercicio legítimo de un derecho

Se refiere a un auténtico derecho, a una facultad jurídica mediante la cual se permite realizar un acto típico[803].

Él mismo abarca:

a) Las llamadas *vías de hecho*, en las que el titular ejerce un derecho en una determinada situación, incluso de modo coactivo[804]. Por ejemplo, la persona encuentra estacionado en la calle su vehículo hurtado semanas atrás, y para recuperarlo decide usar la copia de la llave, encenderlo y llevárselo. En este caso, se trata de un auténtico ejercicio legítimo de un derecho[805]. Igualmente, podría plantearse como una vía de hecho los dispositivos de defensa de la propiedad (cercas de alambres, rejas electrificadas, etc.). Como afirmé antes, el dueño de una propiedad tiene el derecho de restringir o impedir la entrada a la misma a través de un medio lesivo aunque proporcional.

b) Igualmente, se alude a la *potestad de corrección* de los padres sobre los hijos[806]. En efecto, la autoridad de los padres puede implicar la comisión de actos típicos que se justifican por la labor pedagógica y educativa que cumplen[807], fines que constituyen, a su vez, los propios límites de la potestad de corrección. Que los padres decidan no dejar salir el fin de semana al hijo bajo su custodia porque reprobó las evaluaciones del colegio pudiera constituir una auténtica privación de libertad. Sin embargo, ese acto posiblemente típico se encuentra justificado por la labor correctiva del castigo. Obviamente, si el padre prohíbe a su hijo menor de dieciocho años salir de casa durante varios meses como castigo, incurriría en un exceso en la corrección. En este último caso, habría que aplicar la eximente incompleta del

803 "No basta una referencia genérica, porque se trata de legitimar excepcionalmente una conducta que por regla general está prohibida, por lo que tanto la existencia del derecho como las condiciones para su legítimo ejercicio deben provenir de una norma jurídica, cualquiera sea la fuente de la que ella emane (ley formal, costumbre, contrato, etc.)". Ossandón, siguiendo a Rivacoba (2012), p. 334.

804 Sobre esto, Mir Puig (2015), p. 500 –35–.

805 Pareciera considerar la autotutela (no coercitiva) de la propiedad un estado de necesidad defensivo, Mañalich (2006), pp. 75 y ss.

806 Mir Puig (2015), p. 501 –41–.

807 Ídem.

artículo 11 Nº 1 del Código Penal al delito de secuestro previsto en el artículo 141 del Código Penal.

c) Un sector de la doctrina penal aborda el tema de las *lesiones en prácticas deportivas* dentro del aludido ejercicio legítimo de un derecho[808]. Como he tratado con detalle en otro lugar[809], considero que este asunto corresponde al ámbito del tipo penal. Así, debemos distinguir los casos de *irrelevancia penal* (tolerancia social) y de *adecuación social*. Los primeros se refieren a supuestos en que existe una infracción a la norma jurídico-penal y, obviamente, del reglamento deportivo, sin embargo, es muy leve la lesión o el peligro causado en el objeto del bien jurídico[810]. Por ejemplo, los insultos entre jugadores rivales durante la competición, una patada o empujón al jugador contrario en el partido de fútbol, sin mayores consecuencias, constituyen hechos tolerados socialmente, situaciones consideradas parte del propio espectáculo deportivo[811]. La tolerancia social se fundamenta en la poca importancia del resultado producido.

Ahora bien, podría darse el caso de la causación de un resultado grave, pero derivado de una actuación en el marco del reglamento respectivo. Un boxeador mata a su contendor de un golpe en el curso de un combate, golpe propinado según las reglas de esa actividad; dos jugadores en un partido de fútbol saltan a cabecear el balón impactando sus cabezas entre sí, produciéndose una mortal hemorragia cerebral en uno de ellos. Estos casos no se imputarían objetivamente a su causante por tratarse de *riesgos admitidos socialmente* (adecuación social), propios de la práctica deportiva[812].

En conclusión, el hecho es atípico cuando se crea una lesión, o peligro, irrelevante, aun cuando el autor infrinja las normas de la disciplina deportiva y las jurídico-penales. Igualmente, será atípico si el autor obra conforme a las normas, aun cuando se derive de la prác-

808 Por todos, Novoa (1985), tomo I, pp. 428 y ss.

809 Modolell (2021a), *passim*.

810 Modolell (2021a), p. 420.

811 Modolell (2021a), pp. 420 y ss. Para Roxin, estos casos cabrían en el riesgo permitido. Roxin y Greco (2020), pp. 1216 y ss. –108–; Roxin (1997), p. 1034 –101–.

812 Modolell (2021a), p. 415.

tica del deporte una grave lesión del bien jurídico (vida, integridad física, etc.)[813].

Los casos de lesiones deportivas que ameritan una respuesta penal suceden cuando se cruzan las variables expuestas anteriormente, es decir, cuando el autor obra objetivamente en contra del deber de actuar y, además, ocasiona una grave lesión del bien jurídico[814]. Por ejemplo, el futbolista que al saltar a cabecear el balón aprovecha la circunstancia y golpea intencionalmente con su codo el rostro del contrario, causándole graves fracturas y daños cerebrales. Dándose las variables mencionadas, tiene sentido pasar a considerar el aspecto subjetivo del hecho, es decir, determinar el dolo del autor[815]. En efecto, podría darse el caso de la concurrencia de la conducta prohibida que produce la lesión de relevancia sin que el autor haya obrado dolosamente. Así, el boxeador que intenta golpear a su contrincante cerca del cinturón, sin embargo, al calcular mal, le golpea en los genitales causándole una grave lesión. En este caso, el autor actúa sin dolo, pero infringe el deber de cuidado y causa un daño grave.

5.2. Ejercicio de la autoridad

El Código Penal también hace referencia al *ejercicio de la autoridad* como causa de justificación, aspecto que plantea lo relativo al empleo de la fuerza para el control del orden público. Si bien las autoridades están facultadas para recurrir al uso de la coacción, esta debe enmarcarse dentro de lo establecido por el ordenamiento jurídico. Así, dispone el artículo 2° quáter de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile (Ley N° 18.961), que dicho cuerpo "se encuentra autorizado para hacer uso de la fuerza, cuando sea estrictamente necesaria y en la proporción o medida requerida para el desempeño de las funciones policiales". El artículo, además, prevé el uso de la fuerza de forma subsidiaria, al disponer:

> "Con todo, siempre en la medida de lo posible, se preferirá la utilización de medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza".

813 A favor de la atipicidad de estas conductas, por todos, Couso (2011), p. 266.

814 Modolell (2021a), p. 430. En este sentido, Roxin y Greco (2020), p. 1190 –20–; Roxin (1997), p. 1004 –20–.

815 Modolell (2021a), p. 430.

Igualmente, establece la mencionada ley que el personal de Carabineros, en el ejercicio de sus funciones (*v. gr.*, control y restablecimiento del orden y seguridad públicas), "deberá respetar, proteger y garantizar, sin discriminaciones arbitrarias, los derechos humanos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (inciso segundo del artículo 2° bis).

Además, en este ámbito, rige la Orden N° 2.870, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 20 de septiembre de 2021, que contiene la actualización de una serie de protocolos para el mantenimiento y restablecimiento del orden público. En el visto c) de esta Orden General se citan como fuentes vinculantes los siguientes "Instrumentos Jurídicos internacionales que define el estándar internacional para la función de policía": "Declaración Universal de Derechos Humanos" de 1948, "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de 1968, "Convención Americana sobre Derechos Humanos" de 1969, "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" de 1984, "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1990, "Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" de 1979, "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión" de 1988, "Directrices para la aplicación efectiva del Código de Conducta para funcionarios de hacer cumplir la ley" de 1989, "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra la Mujer" de 1998 y los "Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios de Hacer Cumplir la Ley" de 1990.

En suma, el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad se rige por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

5.3. Ejercicio del oficio o cargo

De determinadas profesiones se derivan facultades que permitirán la posible lesión de un bien jurídico. Así, el abogado que en pleno juicio revela la enfermedad venérea que sufre la contraparte como medio de defensa de su cliente, o cuando, como coartada favorable a su cliente, da a conocer la relación sentimental secreta que tenía el demandante, lo cual pudiera

afectar la vida privada de este[816]. Estas acciones del defensor estarían abarcadas por el mencionado supuesto de ausencia de antijuridicidad.

6. Obediencia debida (jerárquica)

Este supuesto se refiere a estructuras jerárquicas donde exista un deber de obediencia por parte del subordinado respecto al superior, por lo tanto, alude especialmente a funcionarios del Estado. En efecto, una orden del jerarca a su subordinado pudiera bajo ciertas condiciones justificar la conducta típica de este último. Dicha causa de justificación encuadraría en el descrito cumplimiento de un deber[817].

Con relación a lo anterior, la doctrina penal plantea dos posiciones interpretativas distintas. Según la primera, basta que la orden tenga *apariencia de legalidad* para que ella ampare al inferior jerárquico, caso en el cual estaremos ante una causa de justificación (teoría de la apariencia)[818]. Una segunda posición exige la *validez intrínseca del acto*, que la orden sea válida jurídicamente para que ella pueda justificar la actuación del inferior[819].

Desde mi punto de vista, es suficiente la apariencia de legalidad de la orden para que se justifique el acto del subordinado. En este caso, responderá aquel que haya dado la orden ilegal. Por lo tanto, deben distinguirse los siguientes supuestos: si la orden es manifiestamente ilegal, no podrá ampararse el subordinado en un supuesto deber de obediencia: si el superior de la policía ordena a un subordinado buscar al peligroso delincuente y matarlo cuando duerma, de ejecutarse esa orden, ambos responderían penalmente. Asimismo, el director de la cárcel que ordena a los guardias del penal disparar a matar contra todo recluso que intente fugarse. Órdenes manifiestamente ilegales como estas nunca podrán amparar al subordinado que las ejecuta.

816 Así, Mir Puig (2015), p. 504 –48–.

817 Según Labatut, la obediencia debida "fue asimilada por los redactores del Código al cumplimiento de un deber (art. 10, N°10)" (1972, p. 294).

818 Al respecto, Mir Puig (2015), pp. 505 y ss. –65 y ss.–.

819 Así, implícitamente, Vargas (2011), p. 154.

En cambio, cuando la orden no es manifiestamente ilegal, opera la estudiada causa de justificación[820]. Al respecto, cabe el ejemplo sobre la autoría mediata, referido en su momento, del juez y el fiscal que forjan una serie de pruebas para privar de libertad a un incómodo periodista, emitiendo la orden de detención a los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado para su ejecución, quienes no conocen que dicha orden se fundamenta en un hecho falso. En este caso, el funcionario que cumpla la orden injusta, pero aparentemente legal, actuaría bajo una causa de justificación. Basta la apariencia de legalidad (*teoría de la apariencia*) para que se justifique el acto del subordinado.

En el ámbito militar, la regulación especial chilena pareciera ser algo distinta a lo expresado. Así, dispone el artículo 334 del Código de Justicia Militar:

> "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.
>
> El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio".

Por su parte, expresa el artículo 335 de la misma ley:

> "No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior.
>
> Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior".

Como puede apreciarse, especialmente en el último artículo transcrito, si la orden tiene un claro objetivo delictivo, el inferior puede negarse a

820 Sobre esto, opina Morillas Cueva que "el error vencible sobre la criminalidad del mandato en la mayoría de los supuestos, dado el poder de examinar la orden que defendemos en el subordinado, no eximirá la responsabilidad criminal de éste; en otros, los menos, será causa de exclusión por obediencia debida" (1984, p. 152).

cumplirla e incluso a modificarla. El problema radica en que, conforme a la parte final de la norma, si el superior insiste en la orden ilegal, el inferior debe acatarla. A este supuesto lo llama la doctrina "obediencia reflexiva"[821]. No obstante, la advertencia del inferior al superior pareciera eximirlo de responsabilidad por el acatamiento de la orden delictiva. Esta conclusión se desprende del artículo 214 del Código de Justicia Militar, el cual dispone:

"Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito".

Nótese que el supuesto final de esta última norma solo castiga, atenuadamente, al inferior que cumple la orden delictiva sin haberle advertido de tal carácter al superior. Por argumento en contrario, si cumple con la referida advertencia, solo sería responsable el superior que dio la orden[822].

Con mayor claridad se presenta el artículo 38 de la Ley N° 20.357, la cual tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes y delitos de guerra, al regular la responsabilidad del subalterno por cumplimiento de órdenes constitutivas de los mencionados delitos:

"El que obrando en cumplimiento de una orden superior ilícita hubiere cometido cualquiera de los delitos establecidos en la presente ley, sólo quedará

821 Por todos, Labatut (1972), p. 295.

822 Al respecto, afirma Mañalich: "Ahora bien, precisamente en atención al deber de obediencia irrestricto que la regla del artículo 335 impone al subordinado respecto del cumplimiento de las órdenes del superior en el ámbito del servicio de que se trate, se explica que la regla del artículo 214 constituya a éste en único responsable del hecho delictivo que pudiese corresponderse con la ejecución de la conducta ordenada por parte del subordinado. Esta regla puede reconstruirse como un reconocimiento explícito de una autoría mediata del superior, fundada en un criterio de primacía institucional y que en todo caso se corresponde con la exención de responsabilidad penal del subordinado, respetándose así el principio de responsabilidad, que exige que el instrumento cuyo comportamiento se imputa como acción propia al autor mediato no actúe de modo plenamente responsable por una infracción de deber no justificada" (2008, p. 70).

exento de responsabilidad criminal cuando hubiere actuado coaccionado o a consecuencia de un error.

No se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad".

Según esta norma, el inferior jerárquico únicamente quedará eximido cuando sea instrumentalizado por el superior, autor mediato del crimen. La disposición transcrita se complementa con el artículo 36 de la misma ley, que expresa:

"La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedirlas, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor.

Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como autor de tentativa de dicho delito".

7. Eximente incompleta

El artículo 11 N° 1 del Código Penal disminuye la pena del delito realizado por falta de alguno de los requisitos de las causas de justificación mencionadas al prever literalmente, como atenuantes, las exenciones de responsabilidad del artículo 10 del Código Penal cuando en ellas "no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".



CAPÍTULO XI: LA CULPABILIDAD

Una vez configurado el injusto penal (acto típico y antijurídico), debe ser atribuido *personalmente* al autor en razón de su concreta relación con la norma. Este elemento del delito se denomina *culpabilidad* y constituye un reproche personal por el injusto realizado. Además, la pena depende de ese reproche: si el sujeto es culpable, se le impondrá una pena; caso contrario, pudiera aplicársele, en principio, una medida de seguridad.

1. Evolución dogmática

1.1. Culpabilidad "psicológica"

En el marco de la teoría clásica del delito, Von Liszt definía la culpabilidad desde un punto de vista *psicológico* aunque con consecuencias normativas:

> "[L]a relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser *psicológica*; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en *consideración valorativa* (normativa). Según ella, el acto culpable es la *acción dolosa o culposa del individuo imputable* [...]"[823].

Para este autor, el "juicio de culpabilidad" implicaba dos elementos: la imputabilidad y la imputación del acto, culpabilidad que "se da cuando el autor *conocía* la significación antisocial de su conducta [...], o cuando hubiese *podido y debido conocerla* [...]; es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabi-

823 Von Liszt (s.f.), p. 388.

lidad, el dolo y la culpa"[824]. Por lo tanto, si el sujeto actuaba dolosamente o de forma culposa, necesariamente debía ser responsable (culpable) del hecho[825].

Esta teoría fue ampliamente cuestionada. Se le objeta que una persona puede actuar dolosamente y no ser culpable, lo cual ocurre en el estado de necesidad disculpante. Así, en el caso de la tabla de Carnéades, donde uno de los náufragos que teme ahogarse arroja al mar al ocupante de la tabla en la cual flotaba y que solo soporta el peso de una persona, su actuar es doloso, pues es evidente la intención de matar a quien ocupaba originalmente la tabla. Sin embargo, el sobreviviente no sería culpable, porque el derecho penal no puede exigir actos heroicos; por el contrario, "entiende" su acción aunque no la justifique (no exigibilidad de otra conducta). Esta solución no podría explicarse mediante la referida teoría psicológica de la culpabilidad de VON LISZT[826]. También falla la teoría psicológica en la explicación del delito culposo, concretamente en la culpa inconsciente, donde el autor es responsable penalmente aunque no exista vínculo psicológico alguno entre él y su hecho. Como vimos en su oportunidad, en este supuesto el autor responde porque infringe un deber de cuidado y se imputa objetivamente el resultado a la infracción. La culpa tiene un carácter esencialmente normativo, incluso en el caso de la culpa consciente, porque al autor solo se le puede imputar lo que era previsible para un hombre medio[827].

1.2. Teoría normativa de la culpabilidad (Frank)

Dentro de un concepto valorativo del delito, crea FRANK la *teoría normativa* de la culpabilidad (1907), partiendo de las señaladas críticas a la concepción psicológica. La esencia de la culpabilidad sería la reprochabilidad, siempre y cuando concurra una serie de elementos: la imputabilidad, el dolo o la culpa y la normalidad de las circunstancias externas bajo las cuales actúa el sujeto[828]. Según esta forma de entender la culpabilidad, el

824 VON LISZT (s.f.), p. 389.

825 Al respecto, *vid.* MIR PUIG (2015), p. 546 –7–.

826 MIR PUIG (2015), p. 546 –10–; FRANK (2000), p. 30.

827 Al respecto, MIR PUIG (2015), p. 546 –9–.

828 FRANK (2000), pp. 39 y ss.

dolo y la culpa solo serían *elementos* de la misma sin que constituyan la *total* culpabilidad.

1.3. Teoría normativa pura (Welzel)

WELZEL va más allá y crea el *concepto normativo puro* de culpabilidad. Esta constituye un juicio de reproche exclusivamente normativo y personal, basado en la posibilidad de actuar conforme a derecho:

> "[L]a acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación del no *deber* ser antijurídica por *poder* ser jurídica, consiste el carácter específico del reproche de culpabilidad"[829].

De manera que el autor es culpable por "no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme a la norma"[830]. Partiendo de ello, sostiene WELZEL que se "excluyen del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos, y conserva únicamente el criterio de la culpabilidad"[831]. En consecuencia, no forman parte de la culpabilidad ni el dolo ni la culpa, elementos del tipo penal.

1.4. Culpabilidad funcional

Modernamente, la doctrina alude a la llamada *culpabilidad funcional*, vinculada en general a los fines de la pena. Así, según ROXIN, la responsabilidad del autor se fundamenta en la propia culpabilidad y en lo que denomina "necesidad preventiva" de la sanción penal: el autor será culpable cuando realiza el injusto penal "pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma la una conducta

829 WELZEL (2001), p. 125; (1993), p. 166.

830 WELZEL (2001), p. 126.

831 WELZEL (1993), p. 168; (2001), p. 131.

en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad"[832].

Por su parte, JAKOBS alude a la llamada *prevención general positiva*. En tal sentido, afirma que "la determinación de la culpabilidad bajo la aplicación del Derecho penal vigente, consiste en la fundamentación de la necesidad de punir en una determinada medida, para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho; la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general entendida de este modo [...], y se mide conforme a dicha prevención" [833]. La prevención no se vincula a la socialización o intimidación del autor, sino a la "garantía de aquellas expectativas cuya firmeza frente a la defraudación necesita el ordenamiento para su mantenimiento"[834]. En suma, la culpabilidad se relaciona con la necesidad de preservar la confianza en la norma[835].

En sentido similar, refiere KINDHÄUSER la culpabilidad a la falta de fidelidad al derecho[836], aunque dentro de una concepción retributiva de la pena[837]: la culpabilidad material es una falta de lealtad, manifestada en el delito, a la participación de los demás en el acuerdo sobre un justo equilibrio de intereses ("concepto discursivo" de culpabilidad)[838].

2. Culpabilidad como reproche jurídico-penal

La culpabilidad es un juicio de reproche exclusivamente jurídico, no moral o religioso[839]. En el caso citado de la tabla de Carnéades, supuesto

832 ROXIN (1997), p. 792 –3–; ROXIN y GRECO (2020), pp. 962 y ss. –3–.

833 JAKOBS (1997b), p. 78.

834 JAKOBS (1997b), p. 91.

835 JAKOBS (1997b), pp. 98 y ss.

836 KINDHÄUSER (2011a), pp. 102 y ss.

837 KINDHÄUSER (2011b), pp. 20 y ss.

838 KINDHÄUSER y ZIMMERMANN (2022), p. 195 –14–.

839 Como afirma Kindhäuser, independientemente de cómo se determine la culpabilidad penal en el sentido material, se trata solo de una culpabilidad jurídica; si bien las valoraciones ético-sociales entran en el derecho penal, el reproche de culpabilidad no es un juicio moral ni se relaciona con una valoración ética de las normas morales que el individuo considera apropiadas para sí mismo. KINDHÄUSER y ZIMMERMANN (2022), p. 195 –15–.

de estado de necesidad disculpante, puede que exista un juicio totalmente negativo desde la perspectiva de alguna confesión religiosa: "No hay amor más grande que el dar la vida por los amigos", dice Jesús (Juan 15: 13). Sin embargo, el derecho penal "excusa" (jurídicamente) al autor del hecho.

Es de recalcar que el juicio de reproche culpabilístico se realiza solo cuando previamente exista un hecho *típico* y *antijurídico*, un *injusto penal*. Si una persona actúa en legítima defensa, no cabe analizar si concurre la culpabilidad. Por ejemplo, en el caso de que un niño de doce años se defienda exitosamente de una persona que le agrede injustamente, causando una lesión al atacante, no tendría sentido analizar la imputabilidad del menor, elemento de la culpabilidad, ya que no se configura injusto penal alguno.

3. Fundamento de la culpabilidad como elemento del delito

Una antigua forma de fundamentar el juicio de culpabilidad alude a la libertad del sujeto, a su *libre albedrío*. La persona será culpable en la medida en que actúe libremente, si opta por realizar el delito pudiendo no hacerlo[840]. Al respecto, se alega que el libre arbitrio es un concepto indemostrable[841]. Además, ¿hasta qué punto las personas no están influidas por su entorno social, disminuyéndose al mínimo su capacidad de decisión?[842]. ¿Existe libre albedrío en el integrante subordinado de una peligrosa organización delictiva dedicada al narcotráfico? En todo caso, el juicio de culpabilidad sustentado en la libertad de la persona no se sostiene hoy sino minoritariamente[843].

840 Parecieran fundamentar la culpabilidad en la libertad (libre albedrío), NAQUIRA *et al.* (2008), p. 13; NÁQUIRA (2015), pp. 482 y ss.; PIÑA (2010), pp. 246 y ss.; en igual sentido, VARGAS (2011), pp. 165 y ss.

841 ROXIN y GRECO (2020), p. 969 –21–; ROXIN (1997), p. 799 –19–; MIR PUIG (2015), p. 554 –40–. Ya Von Liszt se oponía a esta fundamentación defendiendo el determinismo del ser humano (s.f., p. 389). No obstante, afirma Roxin que el determinismo es igualmente no verificable e inviable. ROXIN y GRECO (2020), p. 969 –21–; ROXIN (1997), p. 799 –19–.

842 En este sentido, MIR PUIG (2015), pp. 554 y ss. –40–.

843 *Vid.* GIMBERNAT (1990e), pp. 142 y ss.

Para JAKOBS, la culpabilidad determina el déficit de motivación jurídica del individuo (motivación no conforme a derecho)[844]:

> "La conjunción de los elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al Derecho del autor, es decir, la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor por ello, constituye el tipo de culpabilidad"[845].

Incluso, se ha intentado basar la culpabilidad en la particular situación social del autor del delito. Así, sostenía ZAFFARONI un concepto de culpabilidad "a partir de la vulnerabilidad que la persona ofrece al poder punitivo"[846]. Para este autor, la culpabilidad se relaciona con la mayor posibilidad de ser castigado por el Estado, siendo la persona más vulnerable en la medida en que su situación particular coincida con la del estereotipo del delincuente asociado a la condición social[847]. Por lo tanto, concluye ZAFFARONI, si el sujeto es más susceptible a la aplicación de la pena en razón de su situación social, el juez tendrá un ámbito mayor para aplicar una rebaja de la misma[848].

Desde mi punto de vista, el juicio de culpabilidad se fundamenta en la posibilidad de ser motivado *en concreto* por la norma[849]. Como expresé en el primer capítulo, la pena cumple una función de prevención general que se persigue, principalmente, mediante la amenaza normativa general (*prevención general negativa*). Solo así podría lograrse una deseada protección de bienes jurídicos. Pero ese mandato dirigido en principio a todos los destinatarios debe particularizarse posteriormente en un sujeto que sea capaz de recibir el mensaje, en un ente "motivable". El juicio de reproche se sustenta en las circunstancias que permitieron, o permitían, a la persona concreta que cometió el injusto haber captado el aludido mensaje norma-

844 JAKOBS (1993), pp. 480 y ss. –18–; (1995), pp. 579 y ss. –18–.

845 JAKOBS (1995), p. 596 –43–; (1993), p. 493 –43–.

846 ZAFFARONI (1992), p. 110.

847 ZAFFARONI (1992), pp. 110 y ss.

848 ZAFFARONI (1992), p. 111. Actualmente, Zaffaroni pareciera concebir la vulnerabilidad como una causa de atenuación de pena, defendiendo la culpabilidad por el acto como esencia de dicha culpabilidad: motivación y ámbito de decisión del autor (2002, pp. 1050 y ss.).

849 En este sentido, ROXIN y GRECO (2020), p. 980 –36–; ROXIN (1997), p. 807 –34–; MIR PUIG (2015), p. 557 y ss. –46 y ss.–.

tivo[850]. En consecuencia, no serán culpables aquellos que carezcan de esa capacidad de motivación. Por ejemplo, amenazar con la pena a alguien que padece una grave enfermedad mental carece de sentido, ya que no posee la aptitud para ser motivado.

En resumen: el mensaje normativo como medio de protección de bienes jurídicos se dirige a todas las personas habitantes de un Estado determinado. No obstante, mientras que en el ámbito del injusto el carácter prohibido de la conducta se determina según lo que el sujeto medio, el sujeto ideal, pudo (y debió) haber tenido en cuenta al actuar[851], es en la *culpabilidad* donde se valorará la concreción del mensaje normativo en el individuo según su particular posibilidad de motivación[852].

Expuesto lo anterior, se puede concluir que los elementos de la culpabilidad dependen precisamente de que la persona concreta sea motivable. Esos elementos serían: a) condiciones mentales y de madurez mínimas que permitan captar el mensaje normativo (imputabilidad); b) el conocimiento de la norma motivadora (conocimiento de la antijuridicidad o de la prohibición), y c) una situación externa de normalidad para decidir infringir el mandato (normalidad del acto volitivo).

4. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

4.1. Imputabilidad

Para que el sujeto sea responsable deben existir mínimas condiciones mentales y de madurez psicológica que le permitirán captar el mensaje normativo. Las causas que excluyen dicho elemento (inimputabilidad) son *la niñez* y *la enfermedad mental*.

Según el Nº 2 del artículo 10 del Código Penal, están exentos de responsabilidad penal los menores de dieciocho años. No obstante, la "responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil". En este sentido, prevé la Ley Nº 20.084 su aplicación "a quienes al momento

850 ROXIN y GRECO (2020), p. 980 –36–; ROXIN (1997), p. 807 –34–.

851 En este sentido, MODOLELL (2001), pp. 305 y ss.

852 MODOLELL (2001), pp. 306 y ss.

en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes" (art. 3° inciso primero)[853]. De dichas normas se deduce que los menores de catorce años son irresponsables penalmente.

El otro supuesto de inimputabilidad es la *enfermedad mental*. Al respecto, contempla el N° 1 del artículo 10 del Código Penal la exención de responsabilidad del "loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón". Aunque esta fórmula utilizada por el legislador ha sido interpretada en el sentido de abarcar dos supuestos distintos, concretamente el trastorno mental *permanente* y el *transitorio*[854], pudiera entenderse que la norma alude tanto a la causa de la enfermedad mental, a la patología ("locura" o "demencia") como a su consecuencia: "privado totalmente de la razón"[855]. Esta última expresión sería lo suficientemente amplia para no restringir el concepto de enfermedad mental a las psicosis, única enfermedad mental en sentido estricto[856], pudiendo abarcar igualmente, por ejemplo, la discapacidad intelectual (antiguamente llamada "retardo mental" u "oligofrenia")[857]. A todo evento, el estado mental debe valorarse en función de la consecuencia que acarrea: "estar privado totalmente de la razón" en el momento de la realización del hecho punible[858]. Si el problema de salud mental es tal que no priva *totalmente* de la razón, cabría la aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 1. Este caso de imputabilidad disminuida concurriría, por ejemplo, en los

853 Dicha Ley N° 20.084 dispone en su artículo 20 que las "sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social". Como puede apreciarse claramente, según la ley, los adolescentes son responsables penalmente (ver también el artículo 1° de la misma), y los considera objeto de "sanciones" aunque estas tengan una finalidad de resocialización.

854 Por todos, Vargas (2011), pp. 169 y ss.

855 Sobre este punto, *vid.* Cury (2020), pp. 609 y ss. Es de resaltar que el Código de Procedimiento Penal utiliza el término "enajenado mental". Según la RAE, la enajenación se refiere a la pérdida de la razón "de una manera permanente o transitoria".

856 Mir Puig (2015), p. 587 –24–.

857 Sobre una concepción amplia del ordinal primero del artículo 10, que permite abarcar distintos "desórdenes mentales", *vid.* Fernández (2021), pp. 298 y ss.

858 Al respecto, Fernández (2021), pp. 295 y ss.

supuestos de delitos cometidos durante los intervalos lúcidos de alguna psicosis[859] o en el caso de una discapacidad intelectual leve[860].

La privación "de la razón" contemplada en el referido N° 1 del artículo 10 del Código Penal debe obedecer a una *causa independiente de la voluntad* del sujeto, lo cual da cabida a la aplicación de la llamada *actio libera in causa*. Según esta, la persona se considera imputable, aun cuando durante la ejecución se encuentre realmente privada de la razón, si ella se colocó en dicha situación por voluntad propia. Tal sería el caso del sujeto que al momento de la ejecución se encuentra bajo el efecto de drogas o alcohol consumidos momentos antes, que le afectan gravemente su estado mental. Al respecto, si el consumo se realizó sin la intención de delinquir, pero el autor conocía o debió conocer por sus antecedentes que podía ocasionar un delito, es esta decisión la que constituye el objeto del reproche (*actio libera in causa*), por lo cual su culpabilidad supondrá la existencia de un tipo culposo (de existir la previsión legal)[861]. Obviamente, si el sujeto se embriagó expresamente para cometer un delito y llegó a perder la razón, podría responder a título doloso.

Ahora bien, si no se pudo probar que el sujeto se embriagó o intoxicó para delinquir, o que realizó el consumo conociendo las habituales o previsibles consecuencias, lo único que constaría es que el autor se encuentra en un estado de inimputabilidad ("privado totalmente de la razón"), causado por la embriaguez o intoxicación por estupefacientes (actos *irrelevantes* penalmente). Por lo tanto, en virtud del principio *in dubio pro reo*, en estos dos supuestos no existe razón para hacer responder al autor que se encuentra perturbado mentalmente a causa del alcohol o drogas, conducta previa *atípica* y, por lo tanto, impune. Solución similar se daría en el caso de que la situación de embriaguez o intoxicación se deba a fuerza mayor[862].

859 Mir Puig (2015), pp. 592 y ss. –39 y ss.–.

860 Mir Puig (2015), p. 593 –44–.

861 Así, Modolell (2004), p. 465.

862 Esta solución general sería respetuosa del principio de culpabilidad, en el sentido de que la atribución del hecho al responsable se fundamentaría en un acto previo doloso o imprudente (modelo de la tipicidad). Al respecto, *vid.* el detallado estudio (y defensa) de esta forma de aplicar la *actio libera in causa* realizado por Hernández (2007), pp. 27 y ss. (especialmente, sobre el aspecto subjetivo, pp. 33 y ss.).

4.2. Conocimiento de la prohibición

Para el reproche culpabilístico es esencial que el autor conozca la prohibición. En efecto, si la responsabilidad del autor se fundamenta en su relación concreta con el mandato normativo, uno de los elementos de ese reproche debe ser el conocimiento de la norma. La ausencia de este elemento se denomina *error de prohibición*.

A) Evolución dogmática del error de prohibición[863]

A nivel doctrinal se han desarrollado principalmente dos teorías para explicar esta modalidad de error. Así, la llamada *teoría del dolo* parte de entender este último como un elemento de la culpabilidad, el cual, adicionalmente al conocimiento y voluntad (querer) sobre los elementos del tipo penal, supone el conocimiento de la prohibición del hecho[864]. De allí que el desconocimiento de la prohibición implicaría necesariamente la ausencia del dolo y, por ende, de la culpabilidad[865]. Como consecuencias sistemáticas de esta teoría habría que mencionar las siguientes: a) si el error de prohibición es vencible, se aplicaría un tipo culposo[866], al igual que el *error de tipo* vencible[867]; b) la teoría exige un conocimiento actual de la prohibición al momento de la ejecución del hecho[868], por lo tanto, el juez debería determinar en el caso concreto si hubo efectivamente el referido conocimiento[869]. Obviamente, requerir un conocimiento actual de la prohibición conllevaría aumentar la posible relevancia de este error[870], abriendo así un amplio espacio de impunidad[871].

863 En general, sobre este punto, *vid.* Modolell (2002b), pp. 433 y ss.

864 Modolell (2002b), p. 433. Al respecto, *vid.* Welzel (1993), pp. 189 y ss.; (2001), pp. 162 y ss.; Muñoz Conde (1989), pp. 25 y ss.

865 Modolell (2002b), p. 433.

866 Welzel (1993), p. 192; (2001), pp. 166 y ss.

867 Modolell (2002b), p. 433.

868 Welzel (1993), pp. 189 y ss.; (2001), pp. 162 y ss.

869 Modolell (2002b), p. 434.

870 Al respecto, Welzel (1993), pp. 195 y ss.; (2001), pp. 173 y ss.

871 Modolell (2002b), p. 434. Confirma las aprehensiones de la judicatura a esta teoría, precisamente por la impunidad que podría acarrear su aplicación, Cury (2008), pp. 240 y ss.

Por su parte, la *teoría de la culpabilidad* creada por Welzel replantea radicalmente el tema del error de prohibición[872]. Al ubicar el dolo en el tipo penal, Welzel lo concibió como un "dolo natural", es decir, como un *conocimiento* de la situación y una *voluntad* (querer) del fin perseguido, mientras que el antiguo componente del dolo, denominado "conocimiento de la prohibición", siguió formando parte de la culpabilidad, no se desplazó al tipo junto al dolo[873]. Según esto, si el hecho realizado era *típico* (por lo tanto, concurría el dolo), *antijurídico*, pero se desconocía la prohibición, faltaba únicamente la *culpabilidad* (último elemento del delito)[874]. Como consecuencias de esta *teoría de la culpabilidad* cabría mencionar: a) el conocimiento de la prohibición exigido no sería un conocimiento actual como en la *teoría del dolo*, sino *potencial*[875] (aquello que *debería* ser conocido), lo cual a su vez significa que el error "burdo" no excuse al autor, carezca de relevancia[876]; b) si el error de prohibición es de carácter vencible no se aplicaría un tipo penal distinto, un tipo culposo, sino que se atenúa la pena del propio tipo doloso[877]. Dicho de otra manera, se mantiene el tipo doloso en razón de que concurre un dolo "natural" (conocer y querer los elementos del tipo), pero se disminuye la pena por un menor reproche[878].

Adicionalmente, como señalé en el capítulo anterior, Welzel consideraba que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación igualmente constituía un error de prohibición (*teoría estricta de la culpabilidad*)[879].

872 Modolell (2002b), p. 434.

873 *Vid.* Welzel (1993), pp. 195 y ss.; (2001), pp. 173 y ss.

874 Modolell (2002b), p. 434.

875 Welzel (1993), pp. 195 y ss.; (2001), pp. 174 y ss.

876 *Vid.* Mir Puig (2015), pp. 566 y ss. –7–.

877 Welzel (1993), p. 195; (2001), p. 174.

878 Modolell (2002b), p. 434 y ss.

879 Welzel (1993), pp. 199 y ss. Sobre este aspecto, sostiene Cury una "teoría moderada de la culpabilidad", según la cual "el error sobre los presupuestos fácticos de las justificantes es error de prohibición, al cual, sin embargo, debe tratarse excepcionalmente de la manera más benigna propia del error de tipo, sólo porque, como en el caso de este último, el autor se comporta como un ciudadano 'fiel al derecho' y, por consiguiente, merecedor de tal benevolencia. En consecuencia, en los casos en que el error sea vencible (evitable), la pena que se impondrá al hechor, no obstante haber obrado dolosamente, será la del delito culposo, supuesto que exista el tipo correspondiente y,

B) Admisión del error de prohibición por la legislación chilena

Una vez explicada la evolución dogmática, cabe la pregunta sobre si el error de prohibición es admisible por la legislación chilena. Así, el artículo 8° del Código Civil dispone que nadie "podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia"[880]. Ahora bien, conocer la ley no debe asimilarse al conocimiento de la prohibición[881], inclusive pueda que la persona no conozca la ley, pero sí que el hecho está prohibido. En efecto, una persona de escasa cultura podría ignorar la existencia de un código penal que castiga el delito de robo, aunque sería poco probable que desconozca el carácter prohibido o reprochable del mismo, ya que seguramente lo aprendió durante la infancia o, por ejemplo, se enteró a través de los medios de comunicación de que la policía capturó una banda dedicada al robo de vehículos o supo por los comentarios de vecinos y amigos de alguien a quien apresaron por haber cometido un hecho similar[882]. En definitiva, no debe asimilarse el conocimiento del texto jurídico que establece el delito al conocimiento empírico de la reprobación de una conducta por la sociedad y el Estado. Lo primero nunca podría alegarse válidamente. El citado artículo 8° del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que la ley penal para su entrada en vigencia y exigencia no requiere el conocimiento *de su aprobación legislativa* por parte de los destinatarios[883].

Por lo tanto, admitiendo la relevancia al error de prohibición en la legislación chilena[884], si dicho error es vencible, debe admitirse la solución de mantener el tipo doloso respectivo pero atenuando la pena por el menor

---

de no ser así, habrá de quedar impune [...]" (2008, p. 246). Igualmente, cabe recordar de nuevo la citada SCS de 4 de agosto de 1998, Rol N° 1338-1998 –ponencia del propio Cury– (caso "Chépica"), que definió esta clase de error como un "error de prohibición" (sentencia de reemplazo, vistos A. 6° y 7°). Al respecto, críticamente, Soto (1999), pp. 249 y ss.

880 Sobre este artículo y su aplicación en el derecho penal, *vid.* el breve comentario de Soto (1999), pp. 241 y ss.

881 Arteaga, siguiendo a Córdoba Roda y a Jiménez de Asúa (1975), p. 129. En Chile, considera que el error de prohibición no se refiere al "conocimiento de la ley", por todos, Vargas (2011), p. 176.

882 Modolell (2002b), p. 435.

883 Así, Arteaga (1975), pp. 129 y ss.

884 Sobre la admisión del error de prohibición por la jurisprudencia, *vid.* Cury (2008), pp. 242 y ss.

reproche culpabilístico (Welzel). Por su parte, si el error de prohibición es invencible, porque el autor concreto no pudo tener acceso alguno a la norma, la consecuencia sería su inculpabilidad.

4.3. Normalidad del acto volitivo

El reproche a la persona por la comisión del injusto penal supone que debió haber actuado en condiciones externas que le hayan posibilitado captar el mensaje normativo. Las causas que eliminan la presencia de este elemento serían el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la delincuencia por convicción, que se fundamentan en la llamada "no exigibilidad de otra conducta".

El *estado de necesidad disculpante* (*vid. supra*, capítulo anterior sobre las causas de justificación), se presenta cuando el conflicto se plantea entre bienes jurídicos personalísimos, lo cual constriñe al individuo a no poder actuar de otra manera. A su vez, el sujeto sobre el cual recae la acción necesaria no tiene relación alguna con el peligro evitado[885]. Así, el sacrificio de una vida o de la salud individual, cuyo titular no origina la situación de peligro, para salvar la vida (u otro bien personalísimo) constituye un auténtico caso de inculpabilidad por la colisión entre bienes connaturales a la propia existencia humana. En supuestos semejantes el derecho "entiende" la reacción personal mas no la justifica, de allí que pueda oponerse una causa de justificación al estado de necesidad disculpante. Por ejemplo: unos excursionistas perdidos que no han comido durante varios días se disponen a matar a un compañero, que agoniza a causa de la inanición, para alimentarse de su cuerpo y así salvarse de una muerte segura. Sin embargo, el hermano del agonizante evita su muerte golpeando a los desesperados viajeros, pues no acepta ese fatal final. Este último hecho estaría abarcado por una auténtica legítima defensa, ya que el homicidio del sujeto a punto de fallecer no deja de ser un acto injusto, aunque tenga como motivo la propia supervivencia de los autores.

---

885 Por lo tanto, la posible diferencia entre esta manifestación de estado de necesidad (disculpante) y el llamado estado de necesidad defensivo (causa de justificación) radicaría en que en aquel el titular del bien jurídico personalísimo afectado no tiene relación alguna, ni causal ni de imputación, con el peligro que se trata de evitar.

Sobre el resto de los requisitos del estado de necesidad disculpante, remito a lo señalado en el estado de necesidad justificante (capítulo X)[886].

El *miedo insuperable* consiste en la perturbación psíquica de la persona ante un peligro, real o imaginario, que le impide motivarse por la norma jurídica. No es necesario que dicho miedo se traduzca en una neurosis, basta la insuperable afectación del ánimo ante el posible daño personal. La apreciación de esta eximente supone que no concurran los requisitos del estado de necesidad disculpante[887].

En cuanto a la *delincuencia por convicción*, una internalización afianzada en la consciencia de valores religiosos o culturales podría conducir a la inculpabilidad del autor que comete un injusto acatando las normas que protegen los referidos sistemas de valores. Me refiero a normas que obligan a la persona a actuar de forma contraria al ordenamiento jurídico del Estado, aun conociendo este último. Al respecto, afirma ROXIN, en este caso no cabría error de prohibición porque el autor conoce la norma[888], aunque sí la posibilidad de una falta de necesidad de pena en orden a fines preventivos (caso de exclusión de la responsabilidad)[889]. Así, el sonado caso de los padres testigos de Jehová que no permiten la transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo. O el caso del indígena in-

886 También el estado de necesidad podría concurrir con una causa de (semi)inimputabilidad, como el caso de la persona con una leve discapacidad cognitiva, perdida durante varios días en una montaña lejana, que decide matar a su acompañante agonizante por falta de alimentación para consumir su cuerpo y sobrevivir. Aquí, debe analizarse previamente si la situación se encuentra abarcada por un estado necesidad antes de evaluar la existencia de una posible imputabilidad disminuida.

887 Afirma Guerra que la perturbación deja al sujeto "imposibilitado de enfrentar el mal de una forma adecuada a los parámetros del estado de necesidad o la legítima defensa" (2019, p. 66). En otro trabajo, expresa afirma este autor: "En el miedo se requiere una perturbación de mediana intensidad (trastorno del sentido de la realidad) que explique por qué no será penado el exceso en estado de necesidad frente al incumplimiento de la cláusula de subsidiariedad (que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo), o la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa [...] la diferencia entre el miedo insuperable y el estado de necesidad radica en la exigencia de la cláusula de subsidiariedad y la existencia de una perturbación emocional grave que sea propia de un trastorno del sentido de la realidad" (2022, p. 339).

888 ROXIN y GRECO (2020), p. 1062 –15–; ROXIN (1997), p. 868 –15–. Otra opinión, MODOLELL (2002b), pp. 439 y ss.

889 ROXIN y GRECO (2020), pp. 1136 y ss. –121 y ss.–; ROXIN (1997), pp. 950 y ss. –122 y ss.–.

tegrado a la sociedad dominante que obra bajo la norma que le dicta su milenaria costumbre infringiendo, a su vez, la ley penal del Estado que también es conocida por aquel (*v. gr.*, el uso de sustancias prohibidas con fines medicinales, religiosos o de otro tipo, cultivo de plantas prohibidas, etc.). El sujeto conoce ambas normas, sin embargo, actúa conforme a sus propias tradiciones, usos y costumbres, con lo cual contradice conscientemente la norma del Estado.

Concretamente, con relación al sujeto perteneciente a una comunidad originaria, infractor de la ley penal, se pueden distinguir dos aspectos: si la norma autóctona que sigue el indígena integrado surte efectos dentro del ámbito de su comunidad de origen estaríamos ante un posible ejercicio legítimo de un derecho[890]. En cambio, si el acto que realiza bajo el amparo de la norma de su comunidad de origen tiene repercusión directa en la sociedad no original[891], podría acudirse a la mencionada figura del "delincuente por convicción"[892]. Incluso, sería factible recurrir a la solución del error de prohibición según el mayor o menor grado de integración del indígena a la sociedad dominante[893].

890 MODOLELL (2007), pp. 283 y ss. Se pronuncia a favor del reconocimiento de la costumbre indígena como posible fuente de licitud penal, aludiendo al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), COUSO (2013a), pp. 203 y ss.; sobre dicho reconocimiento y la jurisprudencia chilena, pp. 208 y ss.

891 Porque, por ejemplo, lesiona un bien jurídico de una persona ajena a la comunidad indígena o un interés del cual es titular el propio Estado o un interés difuso.

892 Al respecto, MODOLELL (2007), p. 284. Pareciera aceptar esta categoría, VILLEGAS (2012), p. 195 –citando el ejemplo de la usurpación de terrenos ancestrales–; similar, con relación a los excesos motivados por "profundas convicciones culturales y políticas", COUSO (2013a), p. 213 –especialmente nota 138–.

893 MODOLELL (2007), pp. 284 y ss. Para Villegas, "el indígena, integrado o no, o bien actúa bajo ejercicio legítimo de un derecho o a lo sumo bajo un error culturalmente condicionado (de tipo o prohibición)" (2012, p. 195).

APÉNDICE

CASOS SOBRE TEORÍA DEL DELITO

1) Antonio sufría de epilepsia, con esporádicos sucesos convulsivos controlados por la medicación que consumía. Aquel día olvidó tomar sus medicinas y condujo su vehículo. En un momento dado, sufre un ataque epiléptico que le hace perder el control del auto, atropellando a un peatón que se encontraba en la acera de la calle, quien murió al instante.

2) Juan conduce su vehículo a velocidad moderada. A cierta distancia observa que un peatón cruza la calle de forma antirreglamentaria. Sin embargo, teniendo tiempo suficiente para frenar e incluso para esquivar al peatón, no detiene la marcha porque considera que "a él lo asiste el derecho". Como consecuencia de ello, atropella al transeúnte causándole graves heridas que le producen la muerte.

3) Desde lo alto de un barrio aledaño a la autopista, Pedro y Guillermo "juegan" a lanzar piedras contra los vehículos que circulan por la vía. Son dos niños de diez años con pocas posibilidades de acertar. No obstante, Pedro, en un último intento, arroja una piedra que se estrella en el deteriorado parabrisas de un antiguo vehículo que circulaba muy lentamente por el canal derecho de la carretera. El impacto ocasionó que el conductor perdiera el control y colisionara con otros tres autos. Producto del accidente se produjo la muerte de dicho conductor, así como lesiones en los ocupantes del resto de los vehículos.

4) Irritado por la calificación que le colocó su profesor en el examen, un alumno vierte en el café que tomará aquel una cantidad considerable de azúcar con el fin de "estropearle" la bebida. El profesor, con fama de despistado y abstraído del mundo real, preocupado por sus investiga-

ciones científicas, no se percata de la travesura del mal estudiante y se toma el café mientras lee un artículo científico de especial interés, sin percatarse del sabor. El estudiante vengativo, observándolo de lejos, se asombra por la ausencia de reacción del académico. El reprobado alumno esperaba que escupiera el café, o al menos gritara por el mal sabor. No obstante, esa noche el profesor sufre una crisis diabética, enfermedad que padecía desde niño, siendo internado en el hospital. Allí se determinó que una alta ingesta de azúcar había desencadenado la crisis, aunque también se comprobó que los niveles de glucosa en la sangre ya estaban de por sí muy por encima de los normales, de allí que una crisis semejante podía ocurrir en cualquier momento. El profesor es atendido con los cuidados intensivos del caso; sin embargo, no pudo evitarse su muerte al día siguiente.

5) Mario conduce un camión cisterna de bencina por la carretera. Al percatarse de la existencia de una fuga del combustible que transporta, arrima el camión hacia la cuneta de la vía a fin de detenerlo, con tan mala suerte que se produce un chispazo por el roce del parachoques de metal contra el asfalto. A consecuencia de ello se produce un incendio en la estela de bencina regada en la carretera, resultando calcinados varios conductores de los vehículos que circulaban detrás del camión.

6) Durante un terremoto, ante el inminente desplome del edificio, el padre desesperado por salvar a su hijo decide lanzarse con él desde la terraza de un segundo piso. El niño queda muy mal herido a consecuencia de la caída y es llevado en forma urgente al hospital por un familiar. Sin embargo, por la catástrofe natural, en el hospital hay muchos pacientes y pocos médicos que puedan atenderlo. El familiar sube al niño a su vehículo para trasladarlo a otro hospital, pero fallece durante el trayecto.

7) Un sujeto que viaja en un transporte de pasajeros en marcha, intempestivamente saca un arma de fuego y amenaza a los ocupantes con dispararles si no entregan sus pertenencias. Una mujer, presa del pánico por la situación, aprovechando que se encuentra cerca de la puerta de entrada abierta, salta del vehículo para intentar huir, pero cae en uno de los carriles de la avenida donde Marcos conducía su auto a exceso de velocidad, quien no puede evitar atropellarla y causarle la muerte.

8) Unos sujetos portando armas de fuego entran a una casa con el fin de asaltar a sus habitantes. Para tal fin someten a Luis, a su esposa, hija y

nieto. Luis se puso muy nervioso porque uno de los asaltantes estaba muy cerca del niño, quien no dejaba de moverse y llorar. Les dijo que dejaran en paz a su familia y a cambio él les daría una importante cantidad de dinero. En ese momento, Luis sufre un infarto que le produce la muerte, huyendo los asaltantes.

9) Carlos y Eduardo discuten frente de la casa del primero. De pronto, Carlos saca un cuchillo y hiere muy gravemente a Eduardo, quien, a consecuencia de la herida, se tambalea unos metros por la acera, pierde el equilibrio y cae en medio de la calle. Por esta circula Octavio, en su auto a exceso de velocidad, avizorando a unos diez metros de distancia el cuerpo de Eduardo sobre la vía. Octavio no pudo detener el vehículo, causando la muerte de Eduardo, quien, no obstante, ya agonizaba por la profunda herida que le propinó Carlos. Se comprueba posteriormente que, de haber frenado Octavio o reducido la velocidad, tampoco hubiera podido evitar el arrollamiento.

10) Luis asesta varias puñaladas contra Sergio, el cual queda gravemente herido con peligro probable de muerte. En el hospital es operado con un resultado favorable. Sin embargo, el técnico instrumentista dejó material quirúrgico en el organismo de Sergio. Antes de que se produjera una infección mortal en Sergio, Luis irrumpe en la habitación de recuperación y le propina varios disparos causando su muerte.

11) Pedro decide acompañar a Mario sabiendo que este último maneja de forma muy riesgosa. Durante la travesía, Mario adelanta los vehículos arriesgadamente, aunque a velocidad moderada. Pedro celebra aquellas maniobras y convence a Mario de que acelere más. Este acepta y aumenta la velocidad. A su vez, advierte que podría ser muy peligroso adelantar a esa velocidad, pero decide asumir el riesgo. Al ejecutar una de esas maniobras, Mario pierde el control del auto y colisiona con otro, rebotando contra un muro situado a un costado de la vía. A causa de ello, muere el conductor del otro vehículo y Pedro sufre una grave lesión que obliga a amputarle una pierna.

12) Días antes de los hechos, W toma algunas fotos de la niña Claudia, hija de un importante empresario, durante la hora de salida del colegio. Reunido con X y K, W les explica la forma de realizar el secuestro de Claudia y les muestra varias de las fotos para que puedan identificarla. Igualmente, comparte con ellos los números telefónicos del empresa-

rio, a quien llamarán para pedir el pago del rescate de la niña. El día señalado, W, X y K se acercan al colegio en un vehículo. Al divisar a Claudia, X y K bajan del mismo, la sujetan e introducen en el auto conducido por W. Al llegar al sitio donde tenían las fotos, se dan cuenta que no era la infante a quien querían secuestrar (aunque se parecía mucho a Claudia). Inmediatamente llega la policía al lugar y apresa a los tres sujetos.

13) Arturo, ingeniero de la obra, ordena al conductor del taladro mecánico que perfore el suelo en un sitio indicado. Donde se realizará la perforación pasa un gasoducto, rodeado de varios carteles que advierten de su colocación y el peligro que el mismo conlleva. El ingeniero considera que la operación puede realizarse, aunque es un tanto riesgosa. Sin embargo, decide asumir dicho riesgo. Mientras se realiza la perforación, el conductor avisa al ingeniero que están muy cerca del gasoducto, a lo cual le responde que tenga mucho cuidado y que termine rápido el trabajo. La perforadora golpea el gasoducto causando una fuerte explosión, cuya onda expansiva produjo varios muertos y heridos. El ingeniero y el conductor fueron despedidos varios metros, conservando milagrosamente la vida, aunque con varias heridas de consideración.

14) Durante la delicada operación para tratar de salvarle la vida a un sujeto víctima de varios disparos, el centro hospitalario sufre un corte del suministro eléctrico, ante lo cual los cirujanos y el anestesista discuten qué hacer. Después de esperar algunos minutos, y ante el hecho cierto de que sin electricidad no pueden seguir trabajando, deciden conjuntamente terminar la operación, suturar las heridas y dejar que la persona muera. El suministro eléctrico no se repuso sino varias horas después. Es de resaltar que los médicos pudieron ordenar el traslado del paciente a otro centro hospitalario, pero ante la lejanía del mismo y la gravedad de las heridas, optaron por dejarlo morir.

15) Alberto conduce su auto por la autopista a exceso de velocidad. Súbitamente, del borde de la misma surge Raúl, quien, con intención de suicidarse, se abalanza sobre el vehículo de Arturo, quien no puede evitar el arrollamiento. Sin embargo, este logra llevar a Raúl a un rudimentario centro asistencial cercano donde hay muchos pacientes y un único médico de guardia. El médico, aun percatándose del estado de gravedad de Raúl, se niega a atenderlo, ya que "tiene mucho trabajo"

y muy pocos recursos para ayudarlo. Ante esto, Arturo lleva a Raúl a otro hospital, pero el herido fallece durante el trayecto.

16) Una persona divulga en internet material pornográfico donde aparecen imágenes de niños. Cuando la policía las examina, comprueba que se trata de un fotomontaje, por lo tanto, los niños nunca estuvieron en las fotos circuladas.

17) En una discoteca se produce la explosión de una planta eléctrica por sobrecarga. La misma pudo haber sido evitada de haberse hecho el mantenimiento periódico de la instalación. Al producirse el incendio, los usuarios huyen despavoridos del lugar. A su vez, el dueño de la discoteca, sin percatarse realmente de la gravedad de la situación y preocupado porque la gente se iba sin pagar, ordena cerrar las puertas del local. Al no poder salir, murieron veinticinco personas asfixiadas.

18) El médico cirujano termina la delicada operación de un paciente y se marcha de vacaciones. Antes deja el paciente al cuidado de un médico asistente de su consultorio. El enfermo es dado de alta tres días después de la intervención quirúrgica. Estando en su casa, el recién operado comienza a sentir diversos dolores y mareos constantes. Sus familiares llaman por teléfono al asistente del médico, quien les recomienda trasladarlo a la clínica para examinarlo. Una vez allí, el asistente ordena un tratamiento para estabilizar al paciente. Logrado ello, ordena darlo de alta. No obstante, los familiares le piden al asistente que llame al médico cirujano antes de llevarlo a casa, pero el asistente considera que no es necesario. Dos días después de este último ingreso a la clínica, el enfermo sufre fuertes dolores, vómitos y fiebre. Ante el requerimiento de sus allegados, el médico auxiliar los pone en contacto con el médico cirujano, quien comunica que regresará de vacaciones dentro de dos días. Mientras tanto, les dice el médico cirujano que sigan entendiéndose con su asistente. Hospitalizado nuevamente el paciente, los síntomas se agravan sin que el ayudante pueda hacer algo para solucionar el problema. Días después regresa el médico cirujano de sus vacaciones, quien al examinar al enfermo observa que la situación es bastante delicada y que su asistente no realizó el procedimiento adecuado para mejorar la situación. La persona muere al día siguiente.

19) Una vez que el marido marchó al trabajo muy temprano, María agrega en el té instantáneo en polvo una importante cantidad de arsénico a

sabiendas de que su pareja lo tomará en la noche, como usualmente hace cada día. Inmediatamente, da instrucciones a Petra, trabajadora (asesora) del hogar, quien desconoce totalmente el plan homicida de la esposa, para que le prepare el té al marido poco antes de que este llegue a casa en horas de la noche. Así, le ordena que deje la bebida preparada encima de la mesa de la cocina, ya que ella "llegará muy tarde y no podrá hacerlo esta vez". Dicho esto, la esposa huye de la casa sin intención de volver. En la tarde, Petra recibe la visita de una amiga. Aprovechando que los dueños no están, la trabajadora doméstica invita a dos amigos para tomar algo en la casa junto a su amiga. Durante el encuentro, Petra y sus compañeros beben licor y consumen algo de la comida guardada en el refrigerador. En un momento de la reunión, uno de los amigos toma el té en polvo adulterado por María en la mañana y lo añade a la bebida que está tomando. El sujeto muere poco tiempo después por efecto del arsénico.

20) Pedro entrega a su mejor amigo Fernando, quien viajará a Miami, un sobre con varios gramos de cocaína perfectamente escondidos en un doble fondo. Lo engaña diciendo que el sobre contiene papeles y otros documentos que debe enviar a otro amigo residenciado en esa ciudad. Pedro acepta la encomienda; sin embargo, el día del viaje revisa el sobre. Al darse cuenta que dentro hay cocaína, decide, sin decirle a Pedro, esconderla mejor para trasladarla a Miami y allí venderla a otra persona. En el control policial del aeropuerto es detectada la droga y detenido Fernando.

21) Carlos, con intención de matar, arroja una olla de agua caliente al cuerpo de su enemigo Juan. Este sufre de una extraña enfermedad de la piel, la cual, al contacto con altas temperaturas, se manifiesta en importantes abscesos por todo el cuerpo. El agua caliente causó uno de esos abscesos, que se infectó gravemente y produjo una gangrena en el brazo de la víctima. Al no haber intervenido un médico a tiempo, Juan muere después de un mes de la acción de Carlos. Este no conocía la enfermedad de Juan, aunque actuó creyendo que el agua caliente sobre el cuerpo de una persona causa su muerte.

22) Raúl, Pedro, Octavio y Juan, extrabajadores del Banco Halcón, se ponen de acuerdo para incendiar, por motivos de venganza, la sede central de dicho banco, causar terror en sus empleados y, eventualmente, matar o lesionar a los ocupantes del edificio. Para ello, Raúl se

encarga de contratar unos especialistas en la colocación de explosivos y generadores de incendio (A, B, C y D), e idea el siguiente plan: el día miércoles, Pedro deberá acompañar a dos de los especialistas contratados (A y B) para que estudien detenidamente el edificio e indiquen los sitios donde se pueden colocar los generadores de incendio sin ser detectados. El jueves, Juan y los otros dos especialistas (C y D) colocarán los generadores en los puntos señalados por los colaboradores A y B. Por último, Raúl le encomienda a Octavio la labor de presionar, el día viernes, el botón del control remoto que activará los generadores. El mecanismo incendiario-explosivo, comprado directamente por Raúl en el extranjero, opera de la siguiente manera: con un intervalo de dos minutos debe pulsarse el botón para que el edificio vaya incendiándose por partes, a consecuencia de cada explosión. Los dos primeros pasos de plan se realizaron exactamente. A y B le dijeron a Pedro los lugares apropiados para colocar los generadores, mientras que C y D, bajo la mirada vigilante de Juan, se encargaron de su colocación siguiendo las indicaciones escritas suministradas por Pedro. Sin embargo, el viernes, a las 12:00 p. m., Octavio, apostado en un edificio cercano a la sede del banco, pulsó por primera vez el botón del control remoto, produciendo el incendio de los tres últimos pisos del edificio. Al activar el mecanismo por segunda vez, el mismo se atascó, por lo cual Octavio no siguió con el plan y huyó a casa de Raúl. Variante del caso: Octavio, al pulsar por primera vez el botón, dejó de activar el mecanismo al observar el daño causado, huyendo despavorido.

23) A, B, C, D y E, miembros de la junta directiva de la empresa "White Bull", se reúnen para discutir si la cerveza que han producido será introducida al mercado. A señala que la misma tiene un conservante que ha causado daños a la salud de los consumidores en otros países, por lo cual se muestra en desacuerdo con venderla. B, por su parte, alega que ese conservante se utiliza en otros productos comestibles y no ha acarreado daño alguno, aunque admite que es riesgoso. C respalda la propuesta de A y considera que no debe ponerse en circulación el producto. D señala que él apoyará lo que la mayoría decida. Por su parte, E expresa su total acuerdo con el razonamiento de B. Una vez manifestados los distintos pareceres, D se percata de que él constituye el voto decisivo, por lo cual decide irse de la reunión. Minutos antes de la votación, C cambia de opinión porque B le explicó la situación crítica que atraviesa la empresa, que podría resolverse si se vende la

citada cerveza. A constata que su opinión sería derrotada en la futura votación, pero sabe que si se retira de la reunión rompería el *quórum* de votación de la junta, ya que los estatutos señalan que el mismo se conforma con la participación de al menos cuatro de los miembros. No obstante, A decide no retirarse y pide que se vote la propuesta de poner en circulación el producto, la cual resulta victoriosa por tres votos a favor (B, C y E) y un voto en contra (A). El producto fue retirado del mercado antes de que alguien lo adquiriera, ya que D denunció el hecho a las autoridades. El análisis posterior del producto determinó que pudo haber causado graves lesiones, e incluso la muerte del consumidor, por el conservante utilizado.

24) A, jefe de la banda, planifica el asalto al banco suministrando a B, C y D planos del local, combinación de las bóvedas e información sobre el momento preciso en que debe realizarse el asalto cuando los clientes se hayan ido del local. Luego de realizar la planificación, A se va de la ciudad esperando información sobre el robo. Al llegar a la sede del banco, B, C y D observan que la policía está cerca del lugar, por lo tanto, deciden esperar un poco para ejecutar el asalto planificado. Una vez que se marchó la policía, y ante el temor de que regresaran, los asaltantes deciden adelantar el momento del robo. Así, irrumpen en el banco cuando aún había clientes. Tomando de rehén a uno de ellos, B obligó al gerente de la oficina bancaria a abrir la bóveda. El gerente les dijo que no podía ayudarlos ya que la bóveda tenía un mecanismo de apertura retardada que dura unos minutos, circunstancia que ignoraban los asaltantes. Ante la desesperación por la situación, C disparó varias veces al techo y gritó a los empleados del banco que entregaran el dinero que tenían en cada una de las cajas. Además, procedieron los tres a despojar de sus pertenencias a todos los clientes. Una vez recogido el botín, B le dispara al rehén que tenía, aprovechando el momento para huir. Cuando salieron, fueron interceptados por la policía, quienes alertados esperaban afuera para detener a los ladrones.

25) La Corte Penal Internacional procesó a Patricio por el delito de reclutamiento y alistamiento forzoso de menores de quince años previsto en el Estatuto de Roma. Patricio se desempeñaba como presidente de la Unión Nacionalista Revolucionaria (UNR). Igualmente, se desempeñó como comandante en jefe del ala militar de la UNR, las llamadas Fuerzas Nacionales de Liberación (FNL). Según las evidencias reco-

gidas, Patricio tenía la última palabra en relación con la adopción e implementación de las políticas de la UNR y de las FNL. Igualmente, se determinó que Patricio, junto a otros miembros de la UNR y de las FNL, acordaron el plan común de reclutar personas (voluntaria o forzosamente) para las FNL. Aunque no fue objeto específico del reclutamiento que fueran menores de quince años, la implementación del plan implicaba el riesgo objetivo de que estuviesen comprendidos niños por debajo de esa edad, como efectivamente ocurrió. Es de resaltar que no se evidenció la participación de Patricio en la ejecución material del reclutamiento, llevado a cabo por personas subordinadas de la organización. El plan se llevó a cabo de forma caótica en razón de que las referidas organizaciones sufrieron reiteradas deserciones y divisiones dentro de su seno, lo cual perjudicó el control de Patricio sobre ellas. No obstante, gracias a su carisma y ascendencia, algunos subordinados ejecutaron lo acordado.

26) A paga al sicario B veinte mil dólares para matar a C. B acepta el encargo y planifica el crimen. El día elegido para el homicidio, sigue a su víctima hasta el restaurante donde usualmente cena y se sienta en una mesa cercana a esperar que salga al estacionamiento para darle muerte. La cena se prolonga por mucho tiempo y B toma varios tragos de licor para pasar el tiempo. Sin embargo, toma tanta cantidad que cae en un estado de embriaguez que le hace quedarse dormido sobre la mesa. Al terminar de comer, C se marcha a su casa. Una hora después, un mozo intenta despertar a B, pero al darse cuenta que llevaba un arma, llama a la policía. Una vez detenido, B confiesa el plan que no pudo realizar en el restaurante.

27) Pedro y Juan, estimulados por el alcohol, circulan a gran velocidad en el auto del segundo. Pedro le dice a Juan que acelere más el vehículo, "y al que se atreviese se lo lleven por delante". Juan acepta y acelera hasta llegar a los 160 km/h. Un peatón cruza la calle correctamente, pero Juan no detiene el vehículo, no obstante el transeúnte logró salvarse milagrosamente, ya que pudo saltar a la acera antes de que lo atropellaran. Juan continuó acelerando, como le seguía diciendo Pedro, y golpeó levemente a un auto por detrás, pero por la excesiva velocidad, el impacto fue suficiente para que aquel vehículo diera varias vueltas "en trompo" evitando caer al abismo gracias a la pericia de su conductor. Juan no se detuvo por el choque y en su alocada carre-

ra impactó a otro pequeño automóvil que circulaba correctamente. El conductor de este quedó gravemente herido. Juan y Pedro bajaron del carro, y, al percatarse de la gravedad de las heridas del chofer, se dieron a la fuga porque "creyeron que lo habían matado". El ocupante del último vehículo colisionado permaneció inconsciente durante bastante tiempo dentro de su auto, sin que nadie le ayudara, muriendo al cabo de unas horas. Posteriormente, se determinó que, de haber recibido atención médica inmediata, hubiera podido salvarse.

28) A, B y C tienen información segura de que, desde la exposición de joyas valiosas, se transportará una pieza de gran valor. Fuertemente armados, abordan el transporte de seguridad donde llevan la joya. Para ello, A y B se encargan de amenazar al conductor y al empleado de seguridad que se encuentra en el vehículo. C enciende el camión e inician la huida. Durante el trayecto, A decide individualmente matar a los dos empleados, lo cual hace. Sorprendido por la acción, C detiene el camión y arrojan los cadáveres en un acantilado. Más adelante, son apresados por la policía. En el transporte de valores, además de la joya, había divisas y una importante cantidad de dinero, cuestión que ignoraban los asaltantes.

29) Desde lo alto de un edificio, tres sujetos disparan contra un importante político, quien queda mal herido a consecuencia del único disparo que logró alcanzarlo. Los guardaespaldas del político lo trasladan inmediatamente al hospital más cercano donde es intervenido de urgencia para extraerle la bala alojada en el intestino y controlar la fuerte hemorragia que padece. Sin embargo, en el curso de la operación, el médico cirujano, descuidadamente, secciona una parte del estómago causando otra grave hemorragia que no puede controlar y que acelera la muerte del político. De la autopsia se desprende que la hemorragia por el corte del estómago fue la causa determinante de la muerte, y que la del intestino, si bien era letal, pudo haber sido controlada. Por otra parte, nunca pudo determinarse de cuál de las armas que se dispararon provino la bala que hirió al político.

30) A, B y C planean apropiarse de los bienes existentes en una casa. Según el plan, A se encargará de trasladar a sus compañeros y esperarlos en el vehículo para la fuga. B abrirá la caja fuerte y sustraerá las joyas que hay en ella, mientras que C buscará el resto de cosas de valor que se encuentren en la morada. Así, llegan a la casa con la convicción de

que no hay nadie en la misma. B intenta abrir la caja fuerte, pero no puede acertar con la combinación correcta. C no encuentra ningún objeto de valor en los sitios donde él pensaba que los guardaban. A causa de la frustración por no haber podido encontrar algún bien valioso, deciden incendiar la casa. Al día siguiente, al apagarse el incendio, se localiza una persona muerta a causa del humo inhalado en una de las habitaciones.

31) Ante las amenazas de un periodista, quien en su programa de máxima audiencia anunció que "prontamente" revelaría importantes "secretos sexuales" del político X, este le espera en la puerta de su casa y de seguidas lo golpea, sin mayores consecuencias. Igualmente, el político le advirtió que si lo exponía al escarnio público lo demandaría.

32) Un general de división, ante la grave situación de crisis política en un país, decide asaltar el poder. Para lograr su objetivo, comienza un adoctrinamiento en la tropa que tiene a su mando. Además, el general fundamenta su acción en un artículo de la constitución de aquel país que obliga a las personas a restablecer el orden constitucional si los órganos del poder público infringen el mismo. Esta interpretación es totalmente personal del general, aunque los medios de comunicación constantemente hacen alusión a ese artículo para atacar al gobierno. En todo caso, el militar cree que, dada la situación generalizada de corrupción, crisis económica, arbitrariedad y posible fraude electoral del gobierno, las fuerzas armadas tienen el deber de actuar para corregir el rumbo del país. El general no considera que su deber de no beligerancia política y el origen popular del gobierno sean obstáculos para su acción "salvadora de la patria". El día acordado, la tropa asaltó el palacio de gobierno, no obstante el golpe fracasó, siendo detenidos el general y los soldados que participaron en la asonada. Durante el juicio, el general argumentó que lo hizo para salvar la democracia, además que era una situación de extrema necesidad. Los soldados se defendieron argumentando que ellos solo obedecían al general.

33) Juan, niño de doce años, intenta cruzar temerariamente la calle. Al atravesarla, resbala y cae sobre el pavimento. Viendo que un vehículo en marcha se dirige hacia él, salta ágilmente a la acera, golpeando a una señora que caminaba aunque evitando ser atropellado por el auto. A la transeúnte se le diagnosticó una fractura de la muñeca del brazo izquierdo, consecuencia del golpe con Juan.

34) Pedro, adolescente y epiléptico, conduce el vehículo de su padre a excesiva velocidad. Al acercarse al garaje de su casa advierte que no podrá frenar a tiempo, pero, para no atropellar a su madre que lo esperaba en el portón, desvía el auto hacia la casa vecina, tumbando el muro de la fachada, lo cual a su vez ocasionó lesiones leves a una persona que trabajaba en el jardín.

35) Carlos, al ser abordado por unos asaltantes dentro de su morada, sufre un ataque de pánico. Los ladrones armados amenazaron con matarlo si no se tranquilizaba. Carlos optó por huir, ante lo cual uno de los asaltantes lo persiguió amenazadoramente. Incluso, llegó a dispararle, pero erró el tiro. Carlos, aterrado por el perseguidor, decidió lanzarse desde la terraza de su departamento, situado en el segundo piso del edificio, hacia la calle, cayendo encima de un peatón a quien le causó una lesión irreversible en la columna que le impedirá caminar nuevamente. No obstante, Carlos salvó su vida gracias precisamente a haber caído sobre la persona y no directamente en el piso.

36) Un terrorista ha sido apresado por la policía bajo la sospecha de haber colocado una bomba de gran potencia en un sitio de la ciudad. El terrorista se niega a revelar el lugar donde está el explosivo. Ante la grave situación, ya que podría estallar en pocas horas, los policías privan de la libertad al hijo del terrorista, de siete años de edad. Uno de los policías le dice al terrorista que, de no decirles el lugar de la bomba, matarán a su hijo. Incluso, para confirmar la seriedad de la amenaza, llaman por teléfono al lugar donde tienen apresado al niño y le pasan la bocina al terrorista. Este confirma, por la conversación, que su hijo se encuentra amarrado y podría ser objeto de torturas. Desesperado por la suerte que pueda correr su hijo, el delincuente revela el sitio donde está la bomba. La policía llega al lugar y desactiva a tiempo el explosivo, evitando la segura muerte de cientos de personas.

37) Un adolescente de quince años de edad tiene relaciones sexuales con una niña de doce, con consentimiento de esta. Lo hace a sabiendas de la edad de la niña, aunque durante el proceso se prueba su desconocimiento de la ley que castiga penalmente dicha acción.

38) A, epiléptico, es procesado por posesión prohibida de sustancias psicotrópicas. Durante el juicio se prueba que A tenía dicha sustancia porque le ayudaba a contrarrestar algunos efectos secundarios emocionales causados por el medicamento que se le recetó para controlar su enfermedad, aunque el médico tratante le había prohibido consumir drogas adicionales. A actuó convencido de que la posesión del psicotrópico prohibido era similar a la de cualquier medicina, de allí que obró en consecuencia.

39) Un adolescente de quince años, durante un partido de fútbol, tiene un altercado con otro de edad similar. En un momento, aprovechando que el árbitro estaba descuidado, golpea con su codo el rostro del rival, lesionándolo gravemente. En el juicio se prueba que el agresor nunca creyó que aquello podía acarrearle un "problema ante los tribunales", ya que había visto en televisión que los jugadores profesionales hacían acciones de ese tipo y solo los expulsaban del partido si eran vistos por el árbitro. En todo caso, el agresor nunca tuvo la intención de causar una lesión de tal magnitud.

40) Durante un concierto del grupo "Sus Majestades Satánicas", un fanático religioso burla la seguridad del evento y se dirige con un puñal hacia el vocalista de la banda, con intención de matarlo. Lo hace porque considera importante evitar la propagación de mensajes diabólicos, lujuriosos y de apología al consumo de drogas que, según él, encierran las canciones del grupo. En el preciso momento en que el ofendido moralista se dirige hacia el cantante, este último, en uno de sus tradicionales movimientos y sin darse cuenta del peligro que corre, hace girar el micrófono sobre su cabeza sujetando el cable, el cual se le va de las manos golpeando el rostro del agresor, quien cayó al suelo por el impacto, siendo reducido inmediatamente por los guardaespaldas del grupo.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Juan Domingo (2013): "Artículo 10 N°s. 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

AGUDELO, Nodier (2007): *Curso de derecho penal. Esquemas del delito* (Bogotá: Temis).

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2000): *La tentativa inidónea* (Granada: Comares).

ALTAMIRANO, Alexia (2022): "Sobre la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: análisis a la luz del estallido social en Chile", en *REJ*, N° 37.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (1999): *Introducción a la teoría jurídica del delito* (Valencia: Tirant lo Blanch).

ARTAZA, Osvaldo y CARNEVALI, Raúl (2018): "¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad", en *Opinión Jurídica* (Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín), vol. 17, N° 34.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto (1975): *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible* (Caracas: Universidad Central de Venezuela).

BACIGALUPO, Enrique (1978): *Lineamientos de la teoría del delito* (Buenos Aires: Astrea).

——— (1983): *Delitos impropios de omisión* (Bogotá: Temis).

——— (1988): "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición en el derecho penal español", en EL MISMO AUTOR, *Tipo y error* (Buenos Aires: Hammurabi).

——— (1997): *Principios de derecho penal* (Madrid: Akal-Iure).

BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).

BALMACEDA, Gustavo (2016): *Manual de derecho penal* (Santiago: Librotecnia).

BARBERO SANTOS, Marino (1973): "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *ADPCP*, 1973.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004a): "La licitud del aborto consentido en el derecho chileno", en *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 10.

——— (2004b): "La píldora del día después ante la jurisprudencia", en *Estudios Públicos* (Centro de Estudios Públicos), Nº 95.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, e EISELE, Jörg (2016): *Strafrecht* (Bielefeld: Gieseking).

BELING, Ernst (1906): *Die Lehre von Verbrechen* (Tübingen: J.C.B. Mohr –Paul Siebeck–).

BETTIOL, Giuseppe (1977): *Instituciones de derecho penal y procesal* (trad. de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi), (Barcelona: Bosch).

BINDING, Karl (1872): *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 2, I (Leipzig: Engelmann).

——— (1914): *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión1965), tomo 2 (Leipzig: Scientia Verlag Aalen).

BLOY, René (1978): "Finaler und sozialer Handlungsbegriff", en *ZStW*, tomo 90.

BOLEA BARDÓN, Carolina (2000): *Autoría mediata en derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).

BRETTEL, Hauke y SCHNEIDER, Hendrik (2018): *Wirtschaftstrafrecht* (Baden-Baden: Nomos).

BULLEMORE, Vivian (2011): *Derecho penal. Tratado de jurisprudencia y doctrina*, tomo I (Santiago: Thomson Reuters).

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John (2022): *Curso de derecho penal*, tomo II (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987a): "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", en EL MISMO AUTOR, *Control social y sistema penal* (Barcelona: PPU).

——— (1987b): "Política criminal y dolo eventual", en EL MISMO AUTOR, *Control social y sistema penal* (Barcelona: PPU).

——— (1994a): "Del estado actual de la teoría del injusto", en EL MISMO AUTOR, *Bases críticas de un nuevo derecho penal* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur).

——— (1994b): *Manual de derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Hernán Hormazábal), (Barcelona: PPU).

——— (1995): *El delito culposo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

BUSTOS, Juan; FLISFISCH, Ángel, y POLITOFF, Sergio (2018): "Omisión de socorro y homicidio por omisión", en LONDOÑO, Fernando y MALDONADO, Francisco (eds.): *Clásicos de la literatura penal en Chile. La Revista de Ciencias Penales en el siglo XX: 1935-1995*, tomo II (Valencia: Tirant lo Blanch).

BUSTOS, Juan y CABALLERO, Felipe (2002): "Comentario artículos 1° al 4°", en POLITOFF, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

BUSTOS, Juan y Hernán, HORMAZÁBAL (2006): *Lecciones de derecho penal* (Madrid: Trotta).

BUSTOS, Juan y SOTO, Eduardo (1964): "Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido (Comentario al artículo 1° del Código Penal chileno)", en *RCP*, tomo XXIII.

CANCIO MELIÁ, Manuel (1998a): *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).

——— (1998b): *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

——— (2001): *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo).

——— (2004): "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en López, Jacobo y Zugaldía, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons).

——— (2005): "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva", en Bolaños, Mireya (coord.), *Imputación objetiva y dogmática penal* (Mérida: Universidad de Los Andes).

Carbonell Mateu, Juan Carlos (1982): *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes* (Madrid: Edersa).

Carnevali, Raúl (2008): "Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena", en Vargas, Tatiana (ed.), *La relación de causalidad* (Santiago: Universidad de los Andes).

——— (2009a): "Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial", en el mismo autor, *Problemas de política criminal y otros estudios* (Santiago: LegalPublishing-Universidad de Talca).

——— (2009b): "El delito de omisión, en particular la comisión por omisión", en él mismo, *Problemas de política criminal y otros estudios* (Santiago: Universidad de Talca-LegalPublishing).

Castaldo, Andrea (1997): "La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'" (trad. de Eduardo Ruiz), en Silva Sánchez, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Barcelona: J. M. Bosch Editor).

Castillo, Juan Pablo (2016): "El estado de necesidad del artículo 10 Nº 11 del Código Penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa", en *Polít. Crim.*, vol. 11, Nº 22.

Cerda, Rodrigo y Hermosilla, Francisco (2011): *Código Penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal* (Santiago Librotecnia).

Cerezo Mir, José (1982a): "El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal", en el mismo autor, *Problemas fundamentales del derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1982b): "La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española", en el mismo autor, *Problemas fundamentales del derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1982c): "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia penal española", en el mismo autor, *Problemas fundamentales del derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1986): "Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del número 7 del artículo 8º del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes", en *RFDUCM. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Nº 11 (monográfico).

——— (2005): *Curso de derecho penal español*, tomo II (reimpresión 6ª edición) (Madrid: Tecnos).

Cobo, Manuel y Vives, Tomás (1999): *Derecho penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Cobos Gómez de Linares, Miguel (1987): *Presupuestos del error sobre la prohibición* (Madrid: Edersa).

Coca Vila, Ivó (2011): "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret*, Nº 1.

Contreras, Lautaro (2015): "La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada", en *Polít. Crim*, vol. 10, Nº 19.

——— (2017): "La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán", en *Polít. Crim*, vol. 12, Nº 23.

——— (2018a): *Productos defectuosos y derecho penal* (Santiago: Ril Editores).

——— (2018b): "Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones", en *Polít. Crim.*, vol. 13, Nº 25.

——— (2019): "Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado", en *REJ*, Nº 30.

——— (2021): "Legitimación constitucional de las normas de conducta y de sanción penal en materia de responsabilidad por el producto. Un análisis a la luz de la Grundgesetz", en *RCP*, vol. XLVII, Nº 1.

Contreras, Lautaro y García, Gonzalo (2015): "Caso 'Atropello de Johnny H.'. Rendimiento del principio de confianza", en Vargas, Tatia-

na (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1985): "En el límite entre dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983", en *ADPCP*, 1985.

——— (1999): *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Valencia: Tirant lo Blanch-Universidad Pública de Navarra).

——— (2019): *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

CÓRDOBA RODA, Juan (1963): *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista* (Barcelona: Ariel).

COUSIÑO MAC IVER, Luis (1975): *Derecho penal chileno. Parte General*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (1979): *Derecho penal chileno. Parte General*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (1992): *Derecho penal chileno. Parte General*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

COUSO, Jaime (2011): "Comentario al artículo 10 Nº 10 del Código Penal", en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2013a): "Mapuches y derecho penal", en OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.), *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión* (Santiago: Centro de Derechos Humanos-UDP).

——— (2013b): "Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2002): *El derecho penal español. Parte general* (Madrid: Dykinson).

CUERDA RIEZU, Antonio (1984): *La colisión de deberes en derecho penal* (Madrid: Tecnos).

CURY, Enrique (1977): *Tentativa y delito frustrado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (1985): "El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena", en *RChD*, vol. 12, Nº 1.

——— (2003): "El concurso de personas en el delito", en COLOMA, Rodrigo (dir.), *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco: Universidad Católica de Temuco).

——— (2008): "El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error de prohibición", en RODRÍGUEZ, Luis (ed.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a Tito Solari Peralta* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

——— (2011): *Derecho penal. Parte general* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

——— (2013): "El estado de necesidad en el Código Penal chileno", en MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2020): *Derecho penal. Parte general*, tomo I (revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez), (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

DE LA CUESTA AGUADO, Paz (1997): *Tipicidad e imputación objetiva* (Valencia: Tirant lo Blanch).

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2013): "Identidad y responsabilidad penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (Madrid), Nº 17.

DÍAZ PITA, María del Mar (1994): *El dolo eventual* (Valencia: Tirant lo Blanch).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (1991): *La autoría en derecho penal* (Barcelona: PPU).

——— (1997): "Los elementos normativos del tipo y la teoría del error", en AA. VV., *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz* (Valencia: Universitat de València-Institut de Criminologia).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1986): "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *CPC*, Nº 30.

DONNA, Edgardo (1995): *Teoría del delito y de la pena (Imputación delictiva)* (Buenos Aires: Astrea).

DRAPKIN, Abraham (1943): *Relación de causalidad y delito* (Santiago: Cruz del Sur).

EISELE, Jörg (2019): "Vorbem. zu den §§ 13 ff StGB", en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖEDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (München: C.H. Beck).

ENGISCH, Karl (1931): *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen: J.C.B. Mohr).

——— (1954): "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", en *FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (München-Berlin: C.H. Beck).

——— (1995): *Untersuchungen über Vorsatz uns Fahrlässigkeit im Strafrecht* (München: Scientia Verlag Aalen) (Berlin-1930).

ERB, Volker (1994): "Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht", en *JuS*, 1994.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn (1995): *Derecho penal* (trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá), (Madrid: Colex).

ETCHEBERRY, Alfredo (1987): *El derecho penal en la jurisprudencia* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (1998): *Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Jorge Ferdman), (Santiago Editorial Jurídica de Chile).

——— (2015): "Caso 'Ebrio herido'", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

FARRÉ TREPAT, Elena (1986): *La tentativa de delito* (Barcelona: Librería Bosch).

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (1998): "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *CPC*, Nº 65.

——— (2001): *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

——— (2009): "Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial", en *InDret*, Nº 2.

FERNÁNDEZ, José Manuel (2021): "Los desórdenes mentales en el Código Penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad", en *RD*, vol. XXXIV, Nº 2.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2011): "Inconstitucionalidad de responsabilizar penalmente al agente encubierto", en VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Emparanza (dirs.), *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica*, tomo II (Santiago: Abeledo Perrot).

FERRANTE, Marcelo (1998): "Una introducción a la teoría de la imputación objetiva", en CANCIO MELIÁ, Manuel *et al.*, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva* (Buenos Aires: Ad-Hoc).

FRANK, Reinhard (2000): *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (trad. de Gustavo Aboso y Lea Löw), (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

FRISCH, Wolfgang (1983): *Vorsazt und Risiko* (Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns).

——— (1988): *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Heidelberg: C.F. Müller).

——— (2006): "La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático" (trad. de Ricardo Robles), en FRISCH, Wolfgang y ROBLES, Ricardo. *Desvalorar e imputar* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

——— (2012): "Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado" (trad. de Hopp), en EL MISMO AUTOR, *Estudios sobre imputación objetiva* (Santiago: Abeledo Perrot-Thomson Reuters).

FRISTER, Helmut (2018): *Strafrecht Allgemeiner. Teil* (München: C.H. Beck).

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1993): "Responsabilidad por lesiones deportivas", en *ADPCP*, 1993.

GARRIDO MONTT, Mario (1984): *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2005): *Derecho penal. Parte general*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

GEILEN, Gerd (1981): "Notwehr und Notwehrexzeß", en *Jura*, 1981.

GIMBERNAT, Enrique (1966): *Autor y cómplice en derecho penal* (Madrid: Universidad de Madrid).

——— (1984): "Prólogo", en CUERDA RIEZU, Antonio: *La colisión de deberes en derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1990a): "Acerca del dolo eventual", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1990b): "El estado de necesidad: un problema de antijuricidad", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1990c): "Qué es la imputación objetiva", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1990d): "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1990e): "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Tecnos).

——— (1995): "Causalidad, omisión e imprudencia", en MAIER, Julio y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (Buenos Aires: Editores del Puerto).

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1980): *El ejercicio ilegítimo del cargo* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho).

——— (1992): *Teoría jurídica del delito* (Madrid: Civitas).

——— (2001): "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", en ÉL MISMO, *Estudios penales* (Madrid: Colex).

GOMEZ RIVERO, María del Carmen (1998): *La Imputación de resultados producidos a largo plazo* (Valencia: Tirant lo Blanch).

GRAUL, Eva (1991): *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht* (Berlin: Duncker & Humblot).

——— (1995): "Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluβ", en *JuS*, 1995.

GREBING, Gerhardt (1979): "Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht", en *GA*, 1979.

GROPP, Walter (2015): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlin-Heidelberg-New York: Springer).

GUERRA, Rodrigo (2018): "Sentido y límites de la inevitabilidad en el estado de necesidad", en *Ius et Praxis*, N° 3.

——— (2019): "Impulso irresistible en el miedo insuperable", en *Polít. Crim.*, N° 28.

——— (2022): "Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad", en *RD*, vol. XXXV, N° 1.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (2009): "Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio", en ÉL MISMO, *Estudios y defensas penales* (Santiago: LegalPublishing).

——— (2013): "Rudolph von Jhering y la concepción objetiva de la naturaleza de lo antijurídico", en VELÁSQUEZ, Fernando *et al.* (coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje a Nodier Agudelo*, tomo I (Bogotá: Ibáñez).

HAFT, Fritjof (2004): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (München: C.H. Beck).

HARDWIG, Werner (1957): *Die Zurechnung* (Hamburg: Cram. de Gruyter & Co.).

HASBÚN, Cristóbal (2019): "Evolución del concepto de dolo", en *RJMP*, N° 75.

HASSEMER, Winfried (1990): "Los elementos característicos del dolo" (trad. de María del Mar Díaz Pita), en *ADPCP*, 1990.

——— (1995): "La responsabilidad por el producto en el derecho penal alemán" (versión de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita), en HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).

HERNÁNDEZ, Héctor (2006): "El problema de la 'causalidad general' en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal", en *Polít. Crim*, 2006, vol. 1, N° 1.

——— (2007): "El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad" en *REJ*, Nº 9.

——— (2010): "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Polít. Crim.*, vol. 5, Nº 9.

——— (2011a): "Comentario al art. 1º", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2011b): "Comentario al artículo 10 (8°)", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2011c): "Comentario al artículo 10 (13°)", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2011d): "Comentario al artículo 15", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2011e): "Comentario al artículo 16", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

——— (2013): "El fundamento de la posición de garante de los directivos de la empresa respecto de delitos cometidos por terceros en la misma", en Van Weezel, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

——— (2015): "Caso 'Crimen por encargo en calle Seminario'", en Vargas, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2016): "Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (eds.), *El derecho como teoría y como práctica. Libro homenaje a Alfredo Etcheberry* (Santiago: Thomson Reuters).

Herzberg, Dietrich (1988): "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten –Teil 1–", en *JZ*, 1988.

——— (1999): "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito 'pretípica'" (trad. de Teresa Rodríguez Montañés), en Luzón Peña, Diego y Mir Puig, Santiago (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Madrid: McGraw Hill).

Hirsch, Hans-Joachim (1994): "Vorbem. § 32 StGB", en *LK*, 11ª edición, vol. II.

——— (1999a): "Acerca de la teoría de la imputación objetiva" (trad. de Daniel Pastor y Demetrio Crespo), en el mismo autor, *Derecho penal. Obras completas*, tomo I (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores).

——— (1999b): "La problemática de los delitos cualificados por el resultado" (trad. de Leire Escajedo), en el mismo autor, *Derecho penal. Obras completas,* tomo II (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores).

Hobbes, Thomas (2007): *Leviatán* (trad. de Antonio Escohotado), (Buenos Aires: Losada).

Horvitz, María Inés (2007): "Autoría y participación en el delito imprudente", en *REJ*, Nº 10.

Hruschka, Joachim (2009): "Sobre la difícil prueba del dolo" (trad. de Ramón Ragués i Vallès), en él mismo, *Imputación y derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

Huerta Tocildo, Susana (1987): *Problemas fundamentales de los delitos de omisión* (Madrid: Ministerio de Justicia).

Izquierdo, Cristóbal (2006): "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", en *RChD*, vol. 33, Nº 2.

——— (2021): "El dolo no intencional en la jurisprudencia superior chilena (1900-2018)", en *Polít. Crim.*, vol. 16, Nº 32.

Jaén Vallejo, Manuel (1994): *El concepto de acción en la dogmática penal* (Madrid: Colex).

Jakobs, Günther (1993): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Allgemeiner Teil* (Berlin-New York: WdeG).

——— (1995): *Derecho penal. Parte general* (trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano), (Madrid: Marcial Pons).

——— (1996): *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. de Manuel Cancio Meliá), (Madrid: Civitas).

——— (1997a): "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en derecho penal" (trad. de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (1997b): "Culpabilidad y prevención" (trad. de Carlos Suárez González), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (1997c): "El concepto jurídico-penal de acción" (trad. de Manuel Cancio Meliá), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Civitas-UAM).

——— (1997d): "El delito imprudente" (trad. de Manuel Cancio Meliá), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Civitas-UAM).

——— (1997e): "El lado subjetivo de los delitos de resultado en casos de habituación al riesgo" (trad. de Carlos Suárez González), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (1997f): "Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales 'riesgo permitido', 'prohibición de regreso' y 'principio de confianza'" (trad. de Enrique Peñaranda), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (1997g): "La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión" (trad. Manuel Cancio Meliá), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (1997h): "Representación del autor e imputación objetiva" (trad. de Carlos Suárez González), en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Madrid: UAM-Civitas).

——— (2000): "La omisión: estado de la cuestión" (trad. Jesús María Silva Sánchez *et al.)*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, (Madrid: Civitas).

——— (2001): *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (trad. de Manuel Cancio Meliá), (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo).

JESCHECK, Hans-Heinrich (1961): "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung", en *FS für Eberhard Schmidt zum Geburgstag* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht).

——— (1978): *Tratado de derecho penal*, vol. I (trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), (Barcelona: Bosch).

——— (2003): "Vorbem. § 13 StGB", en *LK*, 2003, tomo I.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker&Humblot).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires: Losada).

——— (1980): *La ley y el delito* (Buenos Aires: Sudamericana).

KAUFMANN, Arthur (1954): "Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", en *JZ*, 1954, N° 21.

KAUFMANN, Armin (1973): "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan" (trad. de Conrado Finzi) en *NPP*, año 2, 1973.

——— (1975): "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal" (trad. de Leopoldo Schiffrin), en *NPP* 1975.

——— (1977): *Teoría de las normas* (trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), (Buenos Aires: Depalma).

——— (1985): "¿'Atribución objetiva' en el delito doloso?" (trad. de Joaquín Cuello Contreras), en *ADPCP* 1985.

——— (2006): *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. de Joaquín Cuello y ed. por José Serrano González de Murillo), (Madrid-Barcelona: Marcial Pons).

KINDHÄUSER, Urs (2012a): "Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia" (trad. de Orlando De la Vega), en *Revista Mario Alario D'Filippo* (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Cartagena, Cartagena de Indias), vol. 4, N° 7.

——— (2012b): "Acerca del concepto jurídico penal de acción" (trad. de Orlando De la Vega), en *Cuadernos de Derecho Penal* (Universidad Sergio Arboleda), N° 7.

——— (2008): "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva" (trad. de Juan Pablo Mañalich), en *In Dret*, N° 4.

——— (2011a): "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad" (trad. de Percy García Cavero), (revisada por Juan Pablo Mañalich), en Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

——— (2011b): "Personalidad, culpabilidad y retribución" (trad. de Juan Pablo Mañalich), en Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

Kindhäuser, Urs y Zimmermann, Till (2022): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Baden-Baden: Nomos).

Köhler, Michael (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlin: Springer).

Krauze, María (2015): "Caso cinta adhesiva y no aceptación de la muerte", en Vargas, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

Krüger, Uwe (1969): *Der Adressat des Rechtsgesetzes* (Berlin: Duncker & Humblot).

Krümpelmann, Justus (1964): *Die Bagatelldelikte* (tesis doctoral) (Berlin: Duncker & Humblot).

Kühl, Kristian (2017): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (München: Vahlen).

Künsemüller, Carlos (2012a): "El castigo de las formas preparatorias del delito", en el mismo autor, *Derecho penal y política criminal* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

——— (2012b): "Praeter intentionem y principio de culpabilidad", en el mismo autor, *Derecho penal y política criminal* (Santiago Abeledo Perrot-Thomson Reuters).

Labatut, Gustavo (1972): *Derecho penal*, tomo I (actualizada por Julio Zenteno Vargas), (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Larrauri, Elena (1997): "Causas de justificación: criterios de identificación", en Hassemer, Winfried y Larrauri, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal* (Madrid: Tecnos).

Laurenzo Copello, Patricia (1999): *Dolo y conocimiento* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Lesch, Heiko (1997): "Dolus directus, indirectus und eventualis", en *JA* 1997.

Loewenheim, Ulrich (1966): "Error in obiecto und aberratio ictus", en *JuS* 1966.

Londoño, Fernando (2015): "El caso de la "llave de gas del frustrado suicida-parricida": sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual", en Vargas, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2016): "Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?", en *RCP*, vol. XLIII, Nº 3.

——— (2020): "Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un caso de femicidio frustrado", en Perin, Andre y Ackermann, Ignacio (coord.-ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia: Tirant lo Blanch-Universidad Andrés Bello).

Luzón Peña, Diego (1978): *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona: Bosch).

——— (1990a): "Falta de acción: movimientos reflejos. Comentario a la sentencia TS 5-7-1973", en el mismo autor, *Derecho penal de la circulación* (Barcelona: PPU).

——— (1990b): "Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia (Comentario a la STS 3-3-1980)", en el mismo autor, *Derecho penal de la circulación* (Barcelona: PPU).

——— (1991): "Alcance y función del derecho penal", en el mismo autor, *Estudios penales* (Barcelona: PPU).

——— (1995): "Voz 'Norma (penal) de determinación y de valoración'", en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III (Madrid: Civitas).

——— (1996): *Curso de derecho penal. Parte general*, I (Madrid: Universitas).

——— (2016): *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Maihofer, Werner (1953): *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)).

——— (1961): "Der soziale Handlungsbegriff" en *FS für Eberhard Schmidt zum Geburgstag* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht).

MAIWALD, Manfred (1996): *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal* (trad. de Marcelo Sancinetti), (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

MALDONADO, Francisco (2006): "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal", en *REJ*, N° 7.

MANRIQUE, María (2013): "Reproche al 'Dolo como reproche'", en *Revista Pensar en Derecho* (Universidad de Buenos Aires), N° 2.

——— (2019): "Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo", en *Polít. Crim.*, vol. 14, N° 27.

MAÑALICH, Juan Pablo (2004a): "Condiciones generales de la punibilidad", en *RDUAI* 2004.

——— (2004b): "El derecho penal de la víctima", en *Revista Derecho y Humanidades* (Universidad de Chile), N° 10.

——— (2006): "El 'hurto-robo' frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", en *REJ*, N° 7.

——— (2008): "Miedo insuperable y obediencia jerárquica", en *RD*, vol. XXI, N° 1.

——— (2010): "La estructura de la autoría mediata", en *RDPUCV*, N° XXXIV.

——— (2011): "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno" en *RChD*, vol. 38, N° 2.

——— (2013): "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

——— (2014): "Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", en *RDUCN*, año 21, N° 2.

——— (2015): "La imprudencia como estructura de imputación", en *RCP*, vol. XLII, N° 3.

——— (2017a): "La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica", en *RChD*, vol. 44, N° 2.

——— (2017b): "¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17", en *REJ*, N° 27.

——— (2019a): "Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción", en *RChD*, vol. 46.

——— (2019b): "Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo", en *Polít. Crim.*, vol. 14, N° 27.

——— (2020a): "El dolo como creencia predictiva", en *RCP*, vol. XLVII, N° 1.

——— (2020b): "El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación", en *Polít. Crim.*, N° 30.

——— (2021a): "Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal", en *RChD*, vol. 48, N° 2.

——— (2021b): "Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7°, inc. 3° del Código Penal chileno", en *RDUCN* [en línea], vol. 28.

——— (2022): "La estructura de la tentativa punible: el modelo del delito imperfecto", en *RCP*, vol. XLVIII, N° 3.

——— (2023): "El desistimiento como condición negativa de la punibilidad de la tentativa: el modelo de la revisión del quebrantamiento de la norma", en *RCP*, vol. XLVIII, N° 1.

MAÑALICH, Juan Pablo y OLAVE, Alejandra (2021): "Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena", en *Revista Discusiones* (Universidad Nacional del Sur-ediUNS, Bahía Blanca), vol. 27, N° 2.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (1983): "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal", en *CPC*, N° 21.

——— (1984): "Los elementos subjetivos de la justificación", en *La Ley*, 1984, vol. 29.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (1992): *Los delitos de propia mano* (Madrid: Tecnos).

——— (1995): "La relación 'dolo de peligro' – 'dolo (eventual) de lesión'. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 'sobre el aceite de colza'", en *ADPCP* 1995.

MARBUGER, Peter (1979): *Die Regeln der Technik im Recht* (Köln-Berlin-Bonn-München: Heymanns).

MARINUCCI, Giorgio (1998): *El delito como 'acción'. Crítica de un dogma* (trad. de Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós) (Madrid-Barcelona: Marcial Pons).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1994): *El desistimiento en derecho penal* (Madrid: Universidad Complutense-Ministerio de Justicia).

MATA Y MARTÍN, Ricardo (1997): *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro* (Granada: Comares).

MATUS, Jean Pierre (2013): "Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley Nº 20.537", en *Polit. Crim*, vol. 8, Nº 16.

——— (2015): *Código Penal. Sistematizado con jurisprudencia* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2022): "Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas", en *RD*, vol. XXXV, Nº 2.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2019): *Manual de derecho penal chileno. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch).

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1992): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I (Heidelberg: C.F. Müller).

——— (1994): *Derecho penal. Parte general*, tomo I (trad. de Jorge Bofill y Enrique Aimone), (Buenos Aires: Astrea).

MAYER, Laura y VERA, Jaime (2015): "Caso 'Pinzas'": ¿responsabilidad por delito culposo en el ámbito médico?", en VARGAS, Tatiana (dir.): *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

MAYER, Max Ernst (1915): *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts –Lehrbuch–* (Heidelberg: Carl Winter).

——— (1923): *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts –Lehrbuch–*, (Heidelberg: Carl Winter).

——— (2000): *Normas jurídicas y normas de cultura* (trad. de José Luis Guzmán Dalbora) (Buenos Aires: Hammurabi).

MEDINA JARA, Rodrigo (2010): *Manual de derecho penal* (Santiago: Abeledo Perrot).

MERA, Jorge (2011): "Comentario al artículo 7º", en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal comentado*, tomo I (Santiago: Abeledo Perrot-UDP).

MERA, Jorge y CASTRO, Álvaro (2007): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (Santiago: LexisNexis).

MERKEL, Adolf (1889): *Lehrbuch des deutschen Strafrecht* (Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke).

MEZGER, Edmund (1946): *Tratado de derecho penal* (trad. y revisión de José Arturo Rodríguez Muñoz), (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado).

——— (1955): *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. y revisión de José Arturo Rodríguez Muñoz), (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado).

MIR PUIG, Santiago (1994a): "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español", en EL MISMO AUTOR, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel).

——— (1994b): "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", en EL MISMO AUTOR, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel).

——— (1994c): "La perspectiva *ex ante* en derecho penal", en EL MISMO AUTOR, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel).

——— (1994d): "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en EL MISMO AUTOR, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel).

——— (1994e): "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en EL MISMO AUTOR, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel).

——— (2004): "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *RECPC*, 06-02.

——— (2015): *Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Víctor Gómez y Vicente Valiente), (Barcelona: Reppertor).

MODOLELL, Juan Luis (2001): *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, (Caracas: Livrosca).

——— (2002a): *Persona jurídica y responsabilidad penal* (Caracas: UCV).

——— (2002b): "La problemática del error en materia penal-tributaria", en AA. VV., *Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario).

——— (2004): "Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal", en PARRA ARANGUREN, Fernando (ed.), *Anteproyecto Código Penal. Comentarios* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia).

——— (2005): "Consideraciones teóricas sobre la posibilidad de extensión de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad", en BOLAÑOS, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal* (Mérida: ULA).

——— (2007): "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afro-americano)", en HURTADO POZO, José (dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal* (Lima-Fribourg: Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo (Suiza)).

——— (2008): "Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)", en AMBOS, Kai y DE HOYOS SANCHO, Monserrat (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional* (Granada: Universidad de Valladolid-Universidad de Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung).

——— (2016): "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", en *Polit. Crim.*, vol. 11, Nº 22.

——— (2017a): "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal", en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Nº 6.

——— (2017b): "Sobre los conceptos naturalísticos en la teoría del delito: el ejemplo de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *et al.* (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

——— (2020): "Función valorativa de la norma, bien jurídico y relevancia penal", en DE VICENTE, Javier *et al.*, *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, tomo I (Madrid: Reus).

——— (2021a): "Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal", en *Polit. Crim.*, vol. 16, Nº 31.

——— (2021b): "Dolo eventual y delitos de imperfecta realización (tentativa y frustración). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 17.02.2021", en *RCP*, vol. XLVII, Nº 2.

MOLINA, Fernando (2009): *Estado de necesidad y justificación penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Bogotá: Ibáñez-Universidad Santo Tomás).

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1984): *La obediencia debida. Aspectos legales y políticos-criminales* (Madrid: Civitas).

MÜNZBERG, Wolfgang (1966): *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung* (Frankfurt a. Main: Vittorio Klostermann).

MUÑOZ, Andrea *et al.* (2011): "Legítima defensa personal", en VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Domingo (eds.), *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica*, tomo II (Santiago: Abeledo Perrot-LegalPublishing).

MUÑOZ CONDE, Francisco (1972): *El desistimiento voluntario de consumar el delito* (Barcelona: Bosch).

——— (1975): *Introducción al derecho penal* (Barcelona: Bosch).

——— (1989): "La creencia errónea de estar obrando ilícitamente", en EL MISMO AUTOR, *El error en derecho penal* (Valencia: Tirant).

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2015): *Derecho penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch).

NÁQUIRA, Jaime (2002): "Comentario al artículo 10, números 12 y 13", en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2005): "Autoría mediata y tentativa", en *RDPUCV*, 2005.

——— (2015): *Derecho penal chileno. Parte general*, tomo I (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2017): *Derecho penal chileno. Parte general*, tomo II (Santiago: Thomson Reuters).

NÁQUIRA, Jaime; IZQUIERDO, Cristóbal; VIAL, Paula, y VIDAL, Víctor (2008): "Principios y penas en el derecho penal chileno", en *RECPC*, 2008, Nº 10-r2.

NAUCKE, Wolfgang (1998): "Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal", en AA. VV., *La prohibición de regreso en derecho penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

NAVAS, Iván (2015): "Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal", en *Polít. crim.*, vol. 10, Nº 20.

——— (2022): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch).

NOVOA MONREAL, Eduardo (1984): *Fundamentos de los delitos de omisión* (Buenos Aires: Depalma).

——— Eduardo (1985): *Curso de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago: Ediar-ConoSur).

OLAVE, Alejandra (2018): "El delito de hurto como tipo de delito de resultado", en *Polít. Crim.*, Nº 25.

OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad* (Santiago: Legal-Publishing-Thomson Reuters).

ORTIZ, Iñigo (2007): *La excusa del positivismo* (Pamplona: Thomson-Civitas).

——— (2013): "¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Nº 2, 2013.

OSSANDÓN, María Magdalena (2006): "Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal", en *Polít. Crim.*, Nº 1.

——— (2008): "El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo", en *Ius et Praxis*, vol. 14, Nº 1.

——— (2012): "Aborto y justificación", en *RChD*, vol. 39, Nº 2.

——— (2013): "Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores", en MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago: Facultad de Derecho. Universidad de Chile).

——— (2015): "Caso 'Madre inactiva'", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2022): "El dolo no intencional en la dogmática penal chilena de los siglos XIX y XX", en *REHJ*, Nº XLIV.

OTTO, Harro (1995): "Die Lehre vom Tasbestand und der Deliktsaufbau", en *Jura*, 1995, tomo 9.

——— (1996): "Der Vorsatz", en *Jura* 1996.

——— (1998): "Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho penal" (trad. de Marcelo Sancinetti), en AA. VV., *La prohibición de regreso en derecho penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

——— (2004): *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (Berlin-New York: Walter de Gruyter).

OXMAN, Nicolás (2019): "El dolo como adscripción de conocimiento", en *Polít. Crim*, vol. 14, Nº 28.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (1995): *El riesgo permitido en derecho penal* (Madrid: Ministerio de Justicia e Interior).

——— (1997): "'Riesgos normales' y 'riesgos excepcionales': observaciones sobre la exclusión de la tipicidad penal de las conductas peligrosas", en AA. VV., *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz* (Valencia: Universitat de València-Institut de Criminologia).

Pawlik, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers* (Tübingen: Mohr Siebeck).

——— (2016): "La lesión del deber ciudadano de cooperación" (trad. de Ricardo Robles), en él mismo, *Ciudadanía y derecho penal* (Barcelona: Atelier).

Perdomo Torres, Jorge (2001): *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

Pérez Barberá, Gabriel (2011): *El dolo eventual* (Buenos Aires: Hammurabi).

Perin, Andrea (2018): "La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada", en *Polít. Crim.*, Nº 26.

——— (2020a): "¿Cabe personalizar el juicio de imprudencia? Culpa sin *actio libera in causa* y la imputabilidad de lo normal", en Perin, Andrea y Ackermann, Ignacio (coord.-ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia: Tirant lo Blanch-Universidad Andrés Bello).

——— (2020b): "La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente", en *RChD*, vol. 47.

Pessoa, Nelson (1998): "Imputación objetiva y concepto de acción", en *Teorías actuales del derecho penal. Homenaje al Código Penal argentino* (Buenos Aires: Ad-Hoc).

Piña Rochefort, Juan Ignacio (2003): "Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el derecho penal", en *RChD*, vol. 30, Nº 3.

——— (2008): *Rol social y sistema de imputación* (Lima: Ara Editores).

——— (2010): *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (Santiago: Abeledo Perrot).

——— (2014): *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

Piña, Juan Ignacio y Balmaceda, Gustavo (2010): *Código Penal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Politoff, Sergio (1999): *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2001a): *Derecho penal*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica CònoSur).

——— (2001b): "El 'autor detrás del autor'. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Arroyo, Luis Alberto y Berdugo, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos "in memorian"* (Castilla La Mancha-Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca).

——— (2008): *Los elementos subjetivos del tipo legal* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF).

——— (2011): "El agente encubierto y el informante 'infiltrado' en el marco de la ley Nº 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (I)", en Verdugo-Hernández (dirs.), *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica*, tomo II (Santiago: Abeledo Perrot).

Politoff, Sergio; Grisolía, Francisco, y Bustos, Juan (1992): *Derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Politoff, Sergio; Ortiz, Luis, y Matus, Jean Pierre (dirs.) (2002): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre (2002): "Comentario preliminar de los artículos 5° al 9°", en Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis (dirs.), y Matus Acuña, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Puppe, Ingeborg (2003): *La imputación del resultado en derecho penal* (trad. de Percy García Cavero) (Lima: Ara Editores).

——— (2019): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Baden Baden: Nomos).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2015): *Parte general del derecho penal* (con la colaboración de Morales Prats), (Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi).

RADBRUCH, Gustav (1930): "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank*, tomo I (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)).

RAGUÉS, Ramón (1997): "Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio", en *ADPCP* 1997.

——— (1999): *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).

——— (2012): "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *In Dret*, N° 3.

RAMÍREZ, María Cecilia (2005): "La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias", en *RDPUCV*, N° XXVI.

RAZ, Joseph (1991): *Razón práctica y normas* (trad. de Ruiz Manero) (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

RETAMAL, Jaime (2009): "Prueba del dolo, reglas de experiencia y tráfico ilícito de drogas", en MJCH_MJD345. Disponible en línea: <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/prueba_del_dolo_drogas_JR.pdf>.

RETTIG, Mauricio (2019): *Derecho penal. Parte general*, tomo II (Santiago: DER Ediciones-Universidad Alberto Hurtado).

REYES ECHANDÍA, Alfonso (1987): *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Temis).

——— (1997): *Antijuridicidad* (Bogotá: Temis).

REYES, Ítalo (2015a): "Sobre la construcción de la exigencia de cuidado", en *Polít. Crim.*, vol. 10, N° 19.

——— (2015b): "Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva", en *Ius et Praxis*, año 21, N° 1.

——— (2016): "Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno", en *RDPUCV*, N° XLVII.

RIGHI Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto (1996): *Derecho penal (La ley. El delito. El proceso y la pena)*, (Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor).

RÍOS, Jaime (2006): "De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad", en *Polít. Crim*, vol. 1, N° 2.

RIQUELME, Eduardo (2006): "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo", en *Polít. Crim*, vol. 1, N° 2.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2014): *Delitos sexuales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (1994): *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Ministerio de Justicia).

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1976): *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo* (Madrid: Civitas).

——— (1978): *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas).

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo (1946): "Notas al Tratado de Mezger", en MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal* (trad. y revisión de Rodríguez Muñoz), (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado).

——— (1977): *La doctrina de la acción finalista*, reimpresión de la segunda edición (Valencia: Universidad de Valencia).

ROJAS, Luis Emilio (2010): "Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?", en *RD*, vol. XXIII, N° 1.

——— (2015): "Caso 'Michelson'", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2018): "Delitos de omisión entre libertad y solidaridad", en *Polít. Crim.*, vol. 13, N° 26.

——— (2021): "Regreso a una teoría formal del deber jurídico en el ámbito de la omisión impropia", en *RUCN* [en línea], vol. 28.

ROSAS, Juan Ignacio (2011): "La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica", en *RDJP. Imprudencia penal médica*, N° 5.

——— (2015): "Caso 'Imprudencia mortal en el equipo médico'", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

ROXIN, Claus (1981): "Die "sozialetischen Einschränkungen" des Notwehrrechts", en *ZStW*, 1981 (93).

——— (1991a): "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción" (trad. de Diego Manuel Luzón Peña), en EL MISMO AUTOR, *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid: Reus).

——— (1991b): "En el límite entre comisión y omisión", en EL MISMO AUTOR, *Problemas básicos del derecho penal* (trad. de Luzón Peña) (Madrid: Reus).

——— (1991c): "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", en EL MISMO AUTOR, *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid: Reus).

——— (1991d): "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada" (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña), en EL MISMO AUTOR, *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid: Reus).

——— (1991e): "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes" (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña), en EL MISMO AUTOR: *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid: Reus).

——— (1992): *Política criminal y estructura del delito* (trad. de Juan Bustos y Hernán Hormazábal) (Barcelona: PPU).

——— (1997): *Derecho penal. Parte general*, vol. I (trad. y notas de Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente), (Madrid: Civitas).

——— (1998a): "Acerca de la consolidación político-criminal del Sistema de Derecho Penal" (trad. de Manuel Abanto Vásquez), en EL MISMO AUTOR, *Dogmática penal y política criminal* (Lima: Idemsa).

——— (1998b): "Acerca del fundamento penal de la tentativa" (trad. de Manuel Abanto Vásquez), en EL MISMO AUTOR, *Dogmática penal y política criminal* (Lima: Idemsa).

——— (1998c): "Observaciones sobre la prohibición de regreso" (trad. de Marcelo Sancinetti), en AA. VV., *La prohibición de regreso en derecho penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

——— (2000a): *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano) (Madrid-Barcelona: Marcial Pons).

——— (2000b): "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión" (trad. de María Teresa Castiñeira *et al.*), en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.), *Sobre el estado actual de la teoría del delito. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra* (Madrid: Civitas).

——— (2000c): *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. de Francisco Muñoz Conde) (Buenos Aires: Hammurabi).

——— (2000d): "Problemas básicos del sistema de Derecho penal" (trad. de Gómez Rivero), en ÉL MISMO, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).

——— (2003): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II (München: C.H. Beck).

——— (2007a): "Acerca de la tentativa en el Derecho penal" (trad. de Manuel Abanto Vásquez), en ÉL MISMO, *La teoría del delito en la discusión actual* (Lima: Grijley).

——— (2007b): "Dominio de la organización y resolución al hecho" (trad. de Manuel Abanto Vásquez), en ÉL MISMO, *La teoría del delito en la discusión actual* (Lima: Grijley).

——— (2014): *Derecho penal. Parte general*, vol. II (trad. y notas de Diego-Manuel Luzón *et al.*), (Navarra: Civitas-Thomson Reuters).

ROXIN, Claus y GRECO, Luis (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I (München: C.H. Beck).

RUDOLPHI, Hans-Joachim (1998): *Causalidad e imputación objetiva* (trad. de Claudia López Díaz) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2001): *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción* (Barcelona: J.M. Bosch Editor-Universidad Externado de Colombia).

RUSCA, Bruno (2022): "Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica", en *RChD*, vol. 49, Nº 1.

SACHER, Mariana (1998): *Evolución del tipo subjetivo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

SANCINETTI, Marcelo (1998): "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en CANCIO MELIÁ, Manuel *et al.*, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva* (Buenos Aires: Ad-Hoc).

SANTANA Vega, Dulce María (2000): *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos* (Madrid: Dykinson).

SANTIBÁÑEZ, María y VARGAS, Tatiana (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley Nº 20.480)", en *RChD*, vol. 38, Nº 1.

SANZ MORÁN, Ángel (1993): *Elementos subjetivos de justificación* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).

SAUER, Wilhelm (1956): *Derecho penal. Parte general* (trad. de Juan del Rosal y José Cerezo Mir), (Barcelona: Bosch).

SAX, Walter (1976): "'Tatbestand' und Rechtsgutverletzung (II)", en *JZ*, 14, 1976.

SCHEWE, Günter (1972): *Reflexbewegung-Handlung-Vorsatz* (Lübeck: Max Schmidt-Römhild).

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975): *Strafrecht. Allgemeiner Teil –Lehrbuch–* (Tübingen: Mohr).

——— (1986): "Was ist aus der finales Handlungslehre geworden?", en *JZ* 1986.

SCHMIDT, Eberhard (1932): "Anotaciones al *Lerhbuch* de v. Liszt", en VON LISZT, Franz y SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Strafrechts*, 26ª edición (Berlin: De Gruyter).

——— (1969): "Soziale Handlungslehre", en *FS für Karl Engisch zum 70. Geburgstag* (Frankfurt a. Main: Vittorio Klostermann).

SCHÖNE, Wolfgang (1996): *Imprudencia, tipo y ley penal* (trad. de Patricia Ziffer) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

SCHREIBER, Hans-Ludwig (1985): "Grundfälle zu 'error in objecto' und 'aberratio ictus' im Strafrecht", en *JuS*, 1985.

SCHROEDER, Friedrich-Christian (1994): "Vorbem. § 16 StGB", en *LK*, 1994.

SCHULENBURG, Johanna (2003): "Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung", en HEFEN-

DEHL, Roland *et al.* (eds.), *Die Rechtsguttheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden: Nomos).

SCHÜNEMANN, Bernd (1988): "Cuestiones básicas de dogmática jurídica-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa" (trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascurain), en *ADPCP* 1988.

——— (1991): "La política criminal y el sistema de derecho penal" (trad. de Margarita Martínez Escamilla), en *ADPCP* 1991.

——— (2002): "Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva" (trad. de Mariana Sacher), en EL MISMO AUTOR, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio* (Madrid: Tecnos).

SCHURMANN OPAZO, Miguel (2016): "¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas", en CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Jorge (eds.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago: Thomson Reuters-Universidad de Chile).

——— (2020): "Una aproximación crítica a la denominación de acciones de colaboración como neutrales", en *RChD*, vol. 47, Nº 1.

——— (2021): "El tratamiento de las denominadas acciones neutrales a título de complicidad en el derecho penal alemán", en *RDUCN* (Coquimbo) [en línea], vol. 28.

SIERRA CAMPOS, Catalina (2022): "Aproximación a la defensa preventiva en el caso del tirano familiar: ¿necesitamos una teoría del control coercitivo?", en *Ius et Praxis*, Nº 2.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1986a): *El delito de omisión. Concepto y sistema* (Barcelona: Librería Bosch).

——— (1986b): "La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas)", en *ADPCP* 1986.

——— (1989): "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", en *CPC*, Nº 38, 1989.

——— (1997): *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).

——— (2000a): "'Aberratio ictus' e imputación objetiva", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Lima: Grijley).

——— (2000b): "La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley).

——— (2000c): "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en EL MISMO AUTOR, *Estudios de derecho penal* (Lima: Grijley).

——— (2001): "La autoría delictiva en estructuras organizadas", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública* (Lima: Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; BALDÓ, Francisco, y CORCOY, Mirentxu (1997): *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general* (Barcelona: José María Bosch Editor).

SOTO, Miguel (1999): "Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del 'principio de culpabilidad' en el derecho penal chileno", en *RDUFT*, año III, Nº 3.

——— (2011): "La noción de autor en el Código Penal chileno", en VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Emparanza (dirs.), *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica*, tomo II (Santiago: Abeledo Perrot).

SPENDEL, Günter (1969): "Der Conditio sine-qua-non Gedanke als Strafmilderungsgrund", en *FS für Karl Engisch* (Frankfurt a. M.: Vittorio Klastermann).

STERNBERG-LIEBEN, Irene (1996): "Voraussetzungen der Notwehr", en *JA*, 1996 (28).

STRATENWERTH, Günter (1982): *Derecho penal. Parte general, I* (trad. de Gladys Romero), (Madrid: Edersa).

STRATENWERTH, Günther y KUHLEN, Lothar (2011): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (München: F. Vahlen).

STRUENSEE, Eberhard (1987): "El tipo subjetivo del delito imprudente" (trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano), en *ADPCP* 1987.

——— (1992): "Dolo de causación y causalidad putativa" (trad. de Marcelo Sancinetti), en ÉL MISMO, *Dolo, tentativa y delito putativo* (Buenos Aires: Hammurabi).

——— (1995): "Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo" (trad. de Fabricio Guariglia), en MAIER, Julio y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigún* (Buenos Aires: Editores del Puerto).

SUHR, Christian (1990): "Zur Begriffs bestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht", en *JA*, 1990, vol. 10.

TIEDEMANN, Klaus (2017): *Wirtschaftsstrafrecht* (München: Vahlen).

TORÍO LÓPEZ, Ángel (1981): "Los delitos de peligro hipotético", en *ADPCP* 1981.

——— (1986): "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *ADPCP* 1986.

——— (1987): "Fin de protección y ámbito de protección de la norma", en Agustín Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, vol. X (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela).

TRIFFTERER, Otto (1994): *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Wien-New York: Springer).

VALLE MUÑIZ, José (1994): *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal* (Barcelona: PPU).

VAN WEEZEL, Alex (1999): "Parámetros para la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes", en *RChD*, vol. 26.

——— (2008): *Error y mero desconocimiento en derecho penal* (Santiago: LegalPublishing).

——— (2009): "Intervención delictiva y garantismo penal", en *ZIS*, Nº 8.

——— (2010): "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Polit.Crim*, vol. 5, Nº 9.

——— (2015a): "Caso 'agresor desarmado'. Necesidad racional del medio de defensa", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2015b): "Caso agresor dormido. El problema del 'tirano doméstico'. SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol Nº 133-2013", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2016): "Necesidad justificante y solidaridad", en CÁRDENAS, Claudia y FERDMANN, Jorge (eds.), *El derecho como teoría y como práctica. Libro homenaje a Alfredo Etcheberry* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2018a): "Injerencia y solidaridad en el delito de omisión de auxilio en caso de accidente", en *RchD*, vol. 45, Nº 3.

——— (2018b): "Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad", en *Polít. Crim.*, vol. 13, Nº 26.

——— (2021): "Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI", en *Ius et Praxis*, Nº 1.

VARGAS, Tatiana (2008): "Vigencia y rol de la causalidad en la práctica jurídico-penal nacional", en VARGAS, Tatiana (ed.), *La relación de causalidad* (Santiago: Universidad de los Andes).

——— (2011): *Manual de derecho penal práctico* (Santiago: Abeledo Perrot-Thomson Reuters).

——— (2013): "¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 Nº 11", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

——— (2014): "La "desgraciada" conducta de la víctima: Un problema de imputación", en *Polít. Crim.*, vol. 9, Nº 18.

——— (2015): "Caso "Chépica", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

VARGAS, Tatiana y PERIN, Andrea (2020): "La "vidente" imputación imprudente. Peligrosidad de la conducta y consciencia del riesgo en la definición del dolo y la imprudencia", en *Polít. Crim.*, Nº 29.

VARGAS, Tatiana y PIÑA, Juan Ignacio (2012): *Código Penal* (Santiago: Abeledo Perrot-Thomson Reuters).

VERA SÁNCHEZ, Juan (2008): "La frustración en los delitos de mera actividad", en *Revista de Estudios Ius Novum*, Nº 1.

——— (2019): "Legítima defensa y elección del medio menos lesivo", en *Ius et Praxis*, año 25, Nº 2.

VIDAL MOYA, Víctor (2013): "Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la ley 20.480", en *Revista Ars Boni et Aequi*, UBO, año 9, Nº 2.

VILLEGAS, Myrna (2010): "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", en *RD*, vol. 23, Nº 2.

——— (2012): "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal", en *RD*, Nº 2.

——— (2015): "Caso 'Machi Celestino Córdoba'", en VARGAS, Tatiana (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2016): "La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno. A propósito de los artefactos explosivos e incendiarios", en *RCP*, vol. XLIII, Nº 3.

VIVEROS, Miguel (2013): "Sobre los límites de la complicidad", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).

VIVES ANTÓN, Tomás (1998): "Principios penales y dogmática penal", en BELLO, Carlos Simón y ROSALES, Elsie (comps.), *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo I (Caracas: UCV).

VON FEUERBACH, Anselm (1989): *Tratado de derecho penal* (trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeier), (Buenos Aires: Hammurabi).

VON HIPPEL, Robert (1930): *Deutsches Strafrecht* (Berlin: Julius Springer).

VON LISZT, Franz (1884): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin-Leipzig: Guttentag).

——— (s.f.): *Tratado de derecho penal*, tomo II, 3ª edición (trad. de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, adiciones de derecho penal español de Quintiliano Saldaña), (Madrid: Instituto Editorial Reus).

VON WEBER, Hellmuth (1951): "Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund" en *JZ* 1951.

——— (1954): "Negative Tatbestandsmerkmale", en *FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (München-Berlin: C.H. Beck).

WELZEL, Hans (1931): "Kausalität und Handlung", en *ZStW*, tomo 51.

——— (1939): "Studien zum System des Strafrecht", en *ZStW*, tomo 58.

——— (1964a): *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. de José Cerezo Mir) (Barcelona: Ariel).

——— (1964b): *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft* (Marburg: N.G. Elwert Verlag).

——— (1993): *Derecho penal alemán* (trad. de la 11ª edición alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez), (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2001): *El nuevo sistema del derecho penal* (trad. de José Cerezo Mir) (Montevideo-Buenos Aires: B de F.).

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, y SATZGER, Helmut (2019): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Heidelberg: C.F. Müller).

WILENMANN, Javier (2013): "Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal", en MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La antijuridicidad en derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa* (Buenos Aires: BdeF).

——— (2014): "El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile", en *RD*, vol. XXVII.

——— (2015): "Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa", en *Polít. Crim.*, vol. 10, Nº 20.

——— (2016a): "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad" en *InDret*, Nº 1.

——— (2016b): "Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia", en CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro homenaje a Alfredo Etcheberry* (Santiago: Thomson Reuters).

——— (2017): "La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas", en *Ius et Praxis*, año 23, Nº 1.

WOLTER, Jürgen (1981): *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Berlin: Duncker & Humblot).

——— (1999): "Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Madrid: Mc Graw Hill).

YÁÑEZ, Sergio (1975): "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno", en *RCP*, tomo XXXIV, Nº 1.

ZAFFARONI, Eugenio (1992): "La culpabilidad en el siglo XXI", en ÉL MISMO, *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (Caracas: Monte Ávila Editores).

——— (1997): *Manual de derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires: Ediar).

——— (2002): *Derecho penal. Parte general* (con las colaboraciones de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), (Buenos Aires: Ediar).

ZIELINSKI, Diethart (1973): *Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff* (Berlin: Duncker & Humblot).

——— (1990): *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (trad. de Marcelo Sancinetti) (Buenos Aires: Hammurabi).

Ma

Manual de Derecho Penal

Teoría del delito

Segunda edición actualizada

Esta obra se dirige a estudiantes de la carrera de Derecho y estudiantes de postgrado que quieran profundizar en la teoría de delito, ofreciendo un panorama completo de la discusión doctrinal y jurisprudencial chilena en relación a las instituciones de la parte general del derecho penal.

De igual modo, los profesionales y operadores de justicia del área penal tendrán a la mano un manual claro, conciso y preciso sobre los temas abordados, contenidos que podrán guiarlos en la solución de problemas jurídicos.

Como enuncia uno de sus destacados prologuistas: "[...] esta exposición de la parte general del derecho penal interesará tanto al jurista formado como a los estudiantes que se inician en el estudio de esta materia, puesto que tiene la difícil virtud de hacer fácil lo difícil" (Santiago Mir Puig).

[illegible]

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado.

360 págs.

ISBN: 978-956-405-175-8



ediciones DER